

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

© 2011 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

FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER, OFICINA MÉXICO

Río Guadiana No. 3
Col. Cuauhtémoc
06500, México, D.F.
México
Tel. (#52 55) 5566 45 99
Fax (#52 55) 5566 44 55
kasmex@kas.de

Editor responsable

Christian Steiner

Asistente de edición

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto y Alejandro Coto (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 356.827 - Comisión del Papel

Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8289-0-2

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
EL PRINCIPIO DE COHERENCIA Y EL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i> EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA <i>por César Alfonso</i>	23
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: ¿TRIBUNAL TÍMIDO Y TRIBUNAL AUDAZ? <i>por Kai Ambos y María Laura Böhm</i>	43
DESPLAZAMIENTO FORZADO, SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PENAL INTERNO: HACIA UNA CONFLUENCIA RACIONAL Y CONSISTENTE DE DIVERSOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS <i>por Alejandro Aponte Cardona</i>	71
LA PRUEBA EN EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS <i>por Dino Carlos Caro Coria</i>	127
DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO: DOBLE CONFORME Y RECURSO DEL FISCAL <i>por Alfredo Chirino Sánchez</i>	173

LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Javier Dondé Matute</i>	205
DERECHOS HUMANOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES. OBSERVACIONES SOBRE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE ROMA	
<i>por Emanuela Fronza</i>	229
RELACIONES ENTRE EL “DERECHO A LA VERDAD” Y EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Pablo Galain Palermo</i>	249
ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LEYES PENALES	
<i>por Ramiro J. García Falconí</i>	283
LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Alicia Gil Gil</i>	311
DOS CONCEPTOS IRRECONCILIABLES: PELIGROSIDAD Y LEGALIDAD PENAL	
<i>por José Luis Guzmán Dalbora</i>	345
LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Salvador Herencia Carrasco</i>	381
NE BIS IN IDEM E COISA JULGADA FRAUDULENTA. A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS	
<i>por IBCCrim - Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado, Maria Thereza Rocha de Assis Moura</i>	403
ACERCA DE LA PRETENDIDA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS TRIBUNALES JUDICIALES NACIONALES	
<i>por Ezequiel Malarino</i>	435

ESTADO DE EXCEPCIÓN. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS. GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Jaime E. Martínez Ventura</i>	457
BREVES NOTAS SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS	
<i>por Juan Luis Modolell González.....</i>	477
LA IDEOLOGÍA PENAL DE CIERTOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO, PARA LA VÍCTIMA O PARA EL APARATO REPRESIVO DEL ESTADO?	
<i>por Daniel R. Pastor.....</i>	491
AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?	
<i>por Elizabeth Santalla Vargas.....</i>	517
SEMINARIO EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL BRUSELAS, 29 DE NOVIEMBRE AL 2 DE DICIEMBRE DE 2010	
<i>por Salvador Herencia Carrasco.....</i>	543
LOS AUTORES.....	569

Unas dos décadas después de que la llamada *ola de democratización* atravesara el continente latinoamericano, acompañada de la integración de derechos fundamentales amplios y ambiciosos en las Constituciones de la gran mayoría de los Estados, la defensa de los derechos humanos parece adquirir una nueva dinámica. América Latina se encuentra en una encrucijada: en algunas partes se observa una resignación democrática debido a que grandes sectores de las poblaciones no consideran que se hayan cumplido las promesas plasmadas en las nuevas Constituciones, ni en cuanto a los estándares democráticos ni en relación con los derechos fundamentales.

Curiosamente, eso sí, en ocasiones podría parecer que los ciudadanos decepcionados hicieron uso de sus derechos políticos para votar por un cambio radical a favor de una promoción, a toda costa y a corto plazo, de los derechos sociales y económicos tan anhelados durante décadas de pobreza y desigualdad, incluso si las nuevas vías llegaran a poner en cuestión las libertades condicionantes de la misma democracia: libertad de expresión, libertad de asociación, debido proceso y otras más. Ante tal trueque desesperado de derechos, tendiente a socavar las bases del Estado democrático de derecho, muchos buscan instrumentos para, por fin, darles a los derechos humanos la efectividad raramente alcanzada a pesar de las ideales promesas constitucionales.

Ese afán por el empoderamiento de los derechos humanos, insuficientemente cumplidos como derechos fundamentales (constitucionales), es entendible y plausible, pues se trata de la otra pieza angular del Estado democrático de derecho, que debe tener en el centro de su atención a la persona. En definitiva, el mensaje de los derechos humanos no es otro que *lo que importa es la persona*. El Estado no tiene función ni sentido si

no es para servir a las personas que lo conforman. Únicamente quien siente respetados sus derechos se podrá identificar con su Estado y contribuir a la prosperidad, la paz y el bienestar de la sociedad organizada en forma de Estado.

Esta constatación tan evidente para el verdadero demócrata necesita traducirse en unas verdaderas políticas públicas de derechos humanos, desde la actuación del funcionario público que da la cara al ciudadano en la administración local hasta el magistrado del Supremo Tribunal o los demás integrantes de los poderes constitucionales. Tales políticas públicas orientadas a la persona aún quedan por implementarse en América Latina (y no solamente aquí). Requieren del esfuerzo común de todos los sectores públicos y privados, reivindicado y apoyado activamente por una ciudadanía responsable.

Ante tal escenario no es sorpresa que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reciba cada vez más atención, con su jurisprudencia ambiciosa y clara en al menos un sentido: los derechos humanos no son puros sueños o vagos lineamientos de actuación para el Estado. Los derechos humanos son derechos efectivos, y solamente como derechos efectivos podrán cumplir con su función original de generar una ciudadanía responsable que se identifica con la democracia y la conforma. La exigibilidad y efectividad de los derechos humanos es la pieza medular para el Estado democrático de derecho, construido y defendido para el bien de las personas.

En el ejercicio de una defensa efectiva de los derechos de la persona, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no prescinde de creatividad, innovación y una actitud que a veces rasca los límites de la convención (o Convención) y las sensibilidades de los Estados. Es por ello que su labor no solamente merece el aplauso del ciudadano demócrata y libre, sino también una crítica constructiva del académico demócrata. La Corte requiere atención de la ciudadanía y diálogo con ella, con los gobiernos y con las contrapartes judiciales. Cuanto más diálogo crítico constructivo, más prometedoras las posibilidades de que el objetivo del Estado democrático y social de derecho se haga realidad en todo este hermoso continente.

En este sentido, el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, en cooperación con el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad de Göttingen, tienen la satisfacción de presentar este segundo tomo con reflexiones de destacados juristas latinoamericanos y europeos, provenientes de un área del derecho muy necesitada de aplicación e interpretación conforme a los estándares internacionales de los derechos humanos. Una vez más, el Grupo Latinoamericano de Estudios sobre

Derecho Penal Internacional logra una convergencia de conceptos de las áreas penal, internacional y de derechos humanos que demuestra su amplio horizonte científico y capacidad de innovación para el bien de la persona humana.

CHRISTIAN STEINER
Programa Estado de Derecho para Latinoamérica,
Fundación Konrad Adenauer

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

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

Su objetivo principal es el análisis, desde una perspectiva de derecho comparado, del proceso de ratificación e implementación del Estatuto de Roma, con especial atención en el ámbito latinoamericano. Otros temas de actualidad del derecho penal internacional también son objeto de estudio.

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

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado siete 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 América Latina e Espanha*, 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 o 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.
- *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.
- *Justicia de transición en América Latina*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpresso en Bogotá: Temis, 2010.
- *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal*, Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2011.

En la reunión de Bruselas, desarrollada entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2010, el Grupo discutió los trabajos que constituyen su octava obra, aquí presentada: *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II.

La composición del grupo 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)

Referentes latinoamericanos

Prof. Dr. Alejandro Aponte (Colombia)

Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Perú)

Prof. Dr. Alfredo Chirino Sánchez (Costa Rica)

Dr. Pablo Galain Palermo (Uruguay)

Dr. Ramiro García (Ecuador)

Prof. Dr. José Luis Guzmán (Chile)

Mág. Salvador Herencia (Perú)

Mág. César Alfonso Larangueira (Paraguay)

Lic. Jaime Martínez Ventura (El Salvador)

Prof. Dr. Juan Luis Modollel (Venezuela)

Mág. Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil)

Prof. Dr. Javier Dondé (México)

Prof. Dr. Daniel R. Pastor (Argentina)

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

Mág. Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia)

Prof. Dr. Marcos Zilli (Brasil)

Referentes internacionales

Prof. Dra. Alicia Gil Gil (España)

Prof. Dra. Emanuela Fronza (Italia)

Dra. María Laura Böhm (Alemania)

Referente de la Corte Penal Internacional

Dr. Alejandro Kiss (Argentina)

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

El libro se compone de dieciocho trabajos que analizan, principalmente, aspectos generales del sistema interamericano de protección de derechos humanos y la relación entre este sistema o la jurisprudencia de sus órganos de protección y el derecho penal (internacional), tanto sobre temas sustanciales como procesales. Algunos trabajos examinan aspectos del sistema europeo de protección de derechos humanos y la relación entre este sistema, el derecho penal internacional y el sistema interamericano.

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 (segundo encuentro)*, organizado por el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, el Programa para el Diálogo Multinacional sobre Políticas de Desarrollo de la Oficina Europea de la misma Fundación (*Europabüro - Multinationaler Entwicklungsdiallog*) y el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität Göttingen de Alemania, y llevado a cabo en la ciudad de Bruselas los días 29 y 30 de noviembre y 1 y 2 de diciembre de 2010. Un resumen del desarrollo de dicho seminario se incluye al final del libro; este resumen también fue publicado en la *Zeitschrift für International Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2011, <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 Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Bruselas, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que desde el año 2002 presta para la consolidación del Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su exdirectora, Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, al Programa para el Diálogo Multinacional sobre Políticas de Desarrollo de la Oficina Europea de la misma Fundación y a su directora, Andrea Ostenheimer, por la organización y financiación del seminario de discusión desarrollado en la ciudad de Bruselas. En tercer lugar, a Héctor Olásolo por su participación durante el seminario de discusión. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), María Laura Böhm (Argentina/Alemania), Carlos Caro Coria (Perú), Alfredo Chirino (Costa Rica), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Emanuela Fronza (Italia), 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), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elizabeth Santalla Vargas (Bolivia).

Kai Ambos - Ezequiel Malarino
Göttingen, setiembre del 2011

Glosario de siglas

ADECON	Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Federal de Justicia alemana)
BVerfG	Bunderverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional alemán)
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDH	Comité de Derechos Humanos de la ONU
CEDH	Convención Europea / Convenio Europeo sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales
CICGCLH	Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad
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
CIPTPDF	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas
CLH	crimen de lesa humanidad
CN	Constitución Nacional
COANA	Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda.
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
CPT	Comissão Pastoral da Terra
CSJM	Conselho Superior da Justiça Militar
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina)

CT-ONU	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADDH	Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre
DDR	desarme, desmovilización y reintegración
DIDH	derecho internacional de los derechos humanos
DIFE	Divisão de Forças Especiais
DIH	derecho internacional humanitario
DINCOTE	Divisão Nacional contra o Terrorismo
EC	Elementos de los Crímenes
ECPI	Estatuto de la Corte Penal Internacional / Estatuto de Roma
<i>ICLR</i>	International Criminal Law Review
<i>IJTJ</i>	International Journal of Transitional Justice
MRTA	Movimiento Revolucionario Túpac Amaru
MST	Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra
OEA	Organización de los Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
PAC	Patrulha de Autodefesa Civil
PACADHDESC	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Cultural
PACE	Police and Criminal Evidence Act
PCADHAPM	Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativos a la Abolición de la Pena de Muerte
PGN	Procuración General de la Nación (Argentina)
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PRONAF	Programa Nacional de Agricultura Familiar
RPP	Reglas de Procedimiento y Prueba
SCJ	Suprema Corte de Justicia (Uruguay)
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
TJ/PR	Tribunal de Justiça do estado do Paraná
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPIR	Tribunal Penal Internacional para Ruanda
TPIY	Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia
UCN	União de Centro Nacional
UNASE	Unidade Nacional Anti-Extorsão e Sequestro

EL PRINCIPIO DE COHERENCIA Y EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA

César Alfonso

RESUMEN. En el ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado de distintos institutos de derecho procesal penal. Entre estos cuentan el principio de coherencia y el principio *iura novit curia*. El tribunal interamericano ha interpretado ambos principios a la luz de las garantías contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos, específicamente en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2. El presente trabajo busca precisar los contornos de estos principios y las obligaciones a ellos vinculadas, atendiendo a la perspectiva brindada por el tribunal.

Palabras clave: jurisprudencia, Corte Interamericana de Derechos Humanos, proceso penal, debido proceso legal.

ZUSAMMENFASSUNG. Bei der Ausübung seiner Gerichtskompetenz greift der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte auf mehrere Figuren des Strafprozessrechts zurück. Dazu gehören das Kohärenzprinzip und der Grundsatz *iura novit curia*. Der Interamerikanische Gerichtshof legt die beiden Grundsätze im Lichte der Garantien der Amerikanischen Menschenrechtskonvention, insbesondere von Art. 8 (2) Abs. b und c, aus. Der vorliegende Beitrag beabsichtigt, von der Perspektive des Gerichts ausgehend den Geltungsbereich dieser Grundsätze und die mit ihnen verbundenen Verpflichtungen zu präzisieren.

Schlagwörter: Rechtsprechung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Strafprozess, rechtmäßiges Verfahren.

ABSTRACT. In exercise of its contentious jurisdiction, the Inter-American Court of Human Rights has dealt with different concepts of criminal procedural law. Among them are the principle of coherence or correlation between the charges and the judgment, and the *iura novit curia* principle. The Inter-American Court has interpreted both principles in the light of the

guarantees contained in the Inter-American Convention on Human Rights, specifically subsections b and c of Article 8.2. This study aims to delimit those principles and the corresponding obligations, based on the opinions provided by the Court.

Keywords: case law, Inter-American Court of Human Rights, criminal procedure, due process of law.

1 • Introducción

A lo largo del ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)¹ ha resuelto casos puestos a su conocimiento en los que se ha alegado la violación de derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) a favor de personas sometidas a una persecución penal.²

Los Estados miembros de la CADH son libres de determinar el sistema procesal penal que consideren preferible, pero en la conformación y sustanciación de los procesos deben observar las garantías establecidas en la Convención.³ Es función de la Corte IDH determinar esta compatibilidad,⁴ por lo que sus decisiones contienen pautas a considerar para conformar, modificar, interpretar o aplicar el derecho interno.⁵

¹ La Corte IDH es un órgano judicial internacional autónomo creado por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 33 CADH). Posee una competencia consultiva y una competencia contenciosa (véanse los artículos 62, inciso 3, y 64, incisos 1 y 2, CADH).

² Véanse entre otros los artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 22 y 25 CADH.

³ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, n.º 126, § 66.

⁴ Corte IDH, caso *Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003, § 120; caso *Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, § 189; caso de los *Niños de la calle (Villagrán Morales y otros)*, sentencia de 19 de noviembre de 1999, § 222.

⁵ El reconocimiento del valor de la jurisprudencia de la Corte IDH por los Estados no es uniforme. Puede apreciarse una tendencia a considerarla independientemente de que hayan sido parte en el caso concreto. Puede mencionarse, por ejemplo, la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, a partir del caso *Ekmedjian*, según la cual los poderes constituidos argentinos al momento de 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. Esto con independencia de que el Estado argentino haya sido parte en el proceso

La Corte IDH ha ido desarrollando, mediante la resolución de los casos mencionados en el primer párrafo, una jurisprudencia relativa a distintos institutos de derecho proceso penal.⁶

En el presente informe se tematiza una pequeña parte de este desarrollo, a saber, la referente al principio de coherencia y al principio *iura novit curia*.

La Corte IDH, al presente, se ha ocupado centralmente de ambos principios en una sola decisión,⁷ y los ha interpretado a la luz de las garantías judiciales consagradas en el artículo 8.2.b y c de la CADH.

A partir de las consideraciones vertidas en esta sentencia, de las remisiones en ellas realizadas y del alcance de las disposiciones citadas (expresado en otras decisiones), se busca precisar las obligaciones relacionadas con los mencionados principios, desde la perspectiva del tribunal interamericano.

2. Principio de coherencia

Como se ha adelantado, la Corte IDH ha basado su entendimiento del principio de coherencia teniendo en cuenta el contenido de las garantías judiciales del artículo 8.2.b y c⁸ de la CADH. El alcance de estas resulta, en consecuencia, relevante para la precisión de los contornos del principio.

2.1. Contenido y carácter

La Corte IDH, en oportunidad de resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*,⁹ enunció:

ante la Corte IDH. Véase también el § 20 (página 16) de la sentencia del 13 de julio del 2007 dictada en el recurso de hecho planteado en la causa *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de casación e inconstitucionalidad*.

⁶ La Corte IDH se ha ocupado, por ejemplo, del concepto del juez natural, de la independencia e imparcialidad del juzgador, de la posibilidad de designar defensor y recibir su asistencia, de la estructura de la prueba, del recurso contra decisiones condenatorias, del valor conviccional de la confesión, etcétera.

⁷ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 65-80.

⁸ Artículo 8.2 CADH:

“ 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:

“ [...]

“ b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

“ c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; [...]”.

⁹ La Corte IDH determinó, entre otras circunstancias, que el tribunal de sentencia que juzgó al ciudadano guatemalteco Fermín Ramírez modificó la calificación jurídica y también el contenido fáctico de la acusación sin

[...] 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.^{10 11}

Atendiendo al sentido de este enunciado, puede inferirse, en principio, cuanto sigue:

- El principio contiene una prohibición dirigida al juzgador de juzgar hechos o circunstancias distintas a las contempladas en la acusación.
- La *acusación* es, en el contexto del enunciado, el acto procesal en el que se produce la presentación formal y definitiva de los cargos en contra de una persona (acusación en sentido estricto).
- La *sentencia* es tanto aquella decisión determinante de primera instancia como aquella que es tomada en las instancias ulteriores; es decir, la prohibición se dirige tanto al juez de primera instancia como a aquellos llamados a entender en distintas etapas recursivas.

Esta perspectiva del contenido del principio ha variado (o ha sido complementada) si se considera la alusión que ha realizado la Corte IDH al resolver el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*. En esta oportunidad, al explicitar el alcance del artículo 8.2.b CADH, el Tribunal Interamericano refirió:

[...] se garantizará el principio de congruencia, según el cual debe mediar identidad entre los hechos de los que se informa al inculcado y aquellos por los que se le procesa, acusa y sentencia [...].¹²

La Corte IDH emplea como sinónimas las expresiones *principio de coherencia* y principio de congruencia, lo que puede inferirse de la utilización indistinta de los términos en la decisión del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*,¹³ así como de las remisiones que ha realizado en la decisión del caso *Barreto Leiva contra Venezuela*.¹⁴

observar el principio de congruencia; por este motivo llegó a la convicción de que las autoridades judiciales guatemaltecas violaron las garantías contenidas en el artículo 8.2.b y c de la CADH (Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 80, 138).

¹⁰ *Ibidem*, § 67 (última parte).

¹¹ Esta enunciación coincide con la que puede encontrarse usualmente en manuales de derecho procesal. Véase, por ejemplo, la enunciación contenida en Julio Maier: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1.ª reimpr., 1999, p. 568.

¹² Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela. Fondo, reparaciones y costas*, sentencia de 17 de noviembre de 2009, serie C, n.º 206, § 28.

¹³ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 67 y 74.

¹⁴ Véase en este sentido la nota al pie 37 de la sentencia del caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12).

A partir de esta nueva enunciación puede inferirse que el principio contiene no solo una prohibición de juzgar hechos distintos a los contenidos en la acusación, sino también una prohibición de acusar hechos distintos de aquellos con base en los cuales el inculpado fue procesado o investigado.

El cumplimiento de las exigencias del principio es visto como necesario para la observancia de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8 CADH. En este sentido la Corte IDH ha expresado que el principio de coherencia constituye “un corolario indispensable del derecho de defensa”.¹⁵

Se parte de la base de que las disposiciones citadas contienen presupuestos básicos para el ejercicio de una defensa efectiva. Es necesario para esto conocer los hechos que se inculpan y contar con el tiempo y los medios para preparar una argumentación.

Consecuentemente el principio vincula a no apartarse en el marco de las decisiones determinantes del proceso de los hechos inculcados e informados, ya que el imputado solo sobre estos tuvo conocimiento, así como el tiempo y los medios para defenderse.

En cuanto al rol de la acusación en este contexto, la Corte IDH ha expresado que esta cumple el papel de describir la conducta imputada y esa descripción proporciona los datos fácticos que constituyen una referencia indispensable para que el inculpado pueda ejercer una defensa que el juzgador pueda considerar al momento de sentenciar.¹⁶

En el voto razonado, con relación a la sentencia sobre el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, el juez Sergio García Ramírez manifestó, además de la vinculación del principio de coherencia con el derecho de defensa, que este constituye una expresión de la división de poderes y caracteriza al sistema procesal penal acusatorio, por cuanto impide resoluciones judiciales al margen de la acusación formulada por un órgano ajeno e independiente al juzgador.¹⁷

2.2. Variación de los hechos inculcados

La observancia del principio de coherencia se encuentra estrechamente relacionada con el cumplimiento de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8 de la CADH.

En la precisión del alcance de estas disposiciones, la Corte IDH ha considerado, como se verá más adelante, la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos

¹⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 68.

¹⁶ *Ibidem*, § 67.

¹⁷ Este documento se encuentra disponible en la página web de la Corte IDH: <<http://www.CorteIDH.or.cr>>.

Humanos (TEDH)¹⁸ del artículo 6.3.a y b del Convenio (europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH).¹⁹

Estas disposiciones, así como las contenidas en el artículo 14.3.a y b del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP),²⁰ coinciden casi plenamente, en cuanto a su texto, con las de la Convención.

El inciso b del artículo 8.2 CADH consagra el derecho del inculpado a una comunicación previa y detallada de la acusación formulada. La disposición hace referencia a la acusación en sentido estricto, es decir, al acto procesal en que “se produce la presentación formal y definitiva de cargos”, e igualmente, se entiende, hace referencia a la imputación o inculpación en la etapa de investigación.²¹ Respecto a esto último, la Corte IDH ha interpretado que el artículo 8.2.b CADH “rige incluso antes de que se formule una acusación en sentido estricto”.²²

En un estadio procesal anterior a la formulación de una acusación (en sentido estricto), el artículo 8.2.b de la CADH requiere, desde la perspectiva de la Corte IDH, que como mínimo el investigado conozca con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.²³ Para satisfacer la disposición, ya habiéndose formulado acusación, ha entendido el tribunal interamericano:

[Se] debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a

¹⁸ Principalmente en la decisión del caso *Pélissier y Sassi contra Francia*, 25444/94, 1999.

¹⁹ Artículo 6:

“Derecho a un proceso equitativo

[...]”

“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”.

²⁰ Artículo 14:

[...]”

“3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

“a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

“b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; [...]”.

²¹ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 31.

²² *Ibidem*, § 30.

²³ *Ibidem*, § 31.

formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a esos hechos.²⁴

En la etapa de investigación, mediante el resultado de las pesquisas realizadas, es posible que se acredite la existencia de nuevos hechos o circunstancias no previstos en la notificación de los primeros cargos o de aquellos anteriormente realizados.

Ante esta circunstancia, en virtud al artículo 8.2.b CADH existe la obligación de comunicar o, mejor, de completar o modificar la comunicación. Esto es así, pues la Corte IDH ha entendido que el inculpado debe poder defenderse desde un primer momento,²⁵ y el ejercicio de una defensa solo se entiende posible si se conocen los hechos atribuidos.

Los nuevos hechos o circunstancias comunicados pasan a formar parte de la imputación, y el principio de congruencia, según la enunciación realizada al resolver el caso *Barreto Leiva contra Venezuela*, requeriría que la acusación versara únicamente sobre la base fáctica que proporciona la nueva imputación. Los hechos en que se funda la acusación deben coincidir entonces con los que fueron motivo de la investigación y que se comunicaron al inculpado en esta etapa.

En la resolución del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte IDH centró su atención en variaciones de la base fáctica ocurridas en el marco de la sustanciación de un juicio oral.²⁶

Es posible que en este estadio procesal (así como en las etapas recursivas en los sistemas en que pueden volver a discutirse los hechos), al evacuar la prueba se acrediten hechos no previstos en la acusación que merezcan ser considerados al momento de juzgar. Ante esta circunstancia, a fin de no afectar las posibilidades de defensa, las variaciones que se han dado deben comunicarse al acusado en virtud del artículo 8.2.b CADH.

El principio de coherencia requeriría que el juzgador no se apartara de estos nuevos hechos comunicados que pasan a integrar la acusación.

2.3. Entidad de la variación de los hechos inculpados

Los hechos atribuidos en el marco de una acusación son comúnmente complejos, es decir, están compuestos a su vez de muy diversas circunstancias, por lo que es siempre

²⁴ *Ibidem*, § 28.

²⁵ *Ibidem*, § 29.

²⁶ *Ibidem*, § 75.

es posible que lo expresado en la acusación no se corresponda exactamente con las posteriores constataciones que se realizan en la vista principal. Se afirma incluso que ciertas desviaciones o variaciones de las circunstancias fácticas son de esperarse.²⁷

Cabe preguntarse entonces si omitir la comunicación de cada variación del contenido fáctico de la acusación significaría una lesión de los derechos contenidos en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

La Corte IDH no ha hecho una distinción al respecto, lo que no significa que habría que responder necesariamente en forma afirmativa el planteamiento.

No tendría mucho sentido, por ejemplo, hablar de una afectación del derecho de defensa si la sentencia versa sobre circunstancias no contempladas en la acusación que son favorables al acusado.

Sería naturalmente un presupuesto, que las nuevas circunstancias sean indiscutiblemente beneficiosas. Este sería el caso, por ejemplo, de circunstancias que realizan los presupuestos de una causa de justificación, que eliminan o reducen la reprochabilidad, constituyen una excusa absolutoria, etcétera.²⁸

Por el contrario, no podría considerarse favorable si ante nuevas circunstancias se sanciona por un hecho más leve, pero los presupuestos de este no estaban íntegramente incluidos en los presupuestos del hecho originalmente acusado (verbigracia, se acusa por homicidio doloso y se condena por homicidio culposo).²⁹

Además de las modificaciones favorables al acusado, cabe también el planteamiento respecto a aquellas variaciones que puedan calificarse de insignificantes.³⁰

De admitirse que un juzgamiento que versa sobre este tipo de variaciones no lesiona el artículo 8.2.*b* y *c* CADH, la solución de los casos concretos puede plantear ciertos problemas.

Esto es así ya que el significado de lo que se entiende por *desviación insignificante* o *desviación relevante* es impreciso. En otros términos, el conjunto de requisitos o razones que conforman el criterio de uso de estas expresiones no ofrece siempre suficientes

²⁷ Michael Heghmanns: "Zwischenverfahren und Vorbereitung der Hauptverhandlung", en Michael Heghmanns y Uwe Scheffler: *Handbuch zum Strafverfahren*, Múnich, 2008, p. 545.

²⁸ Julio Maier: *Derecho procesal penal* (cit. nota 11), pp. 575-576.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Por ejemplo, el Código Procesal Penal de la República del Paraguay dispone en su artículo 386: "[...] la corrección de simples errores materiales o la inclusión de alguna circunstancia que no modifica esencialmente la imputación ni provoca indefensión, se podrá realizar durante la audiencia [del juicio oral], sin que sea considerada una ampliación [de la acusación] [...]".

datos para determinar si cabe emplearlas en determinados contextos. Es decir, existen casos en los que la aplicabilidad de la expresión *desviación insignificante*) es dudosa.³¹

También el *hecho* en sentido procesal es vago. La indicación del sujeto, lugar, tiempo, objeto, modo, etcétera, sirven usualmente a su individualización (o juicio de identidad), pero estos a su vez son apreciados con base en criterios normativos como el de la *percepción natural* o el de la *imagen del hecho*, criterios que tampoco son absolutamente precisos.³²

Por ejemplo: si en la acusación se afirma que el autor disparó a una persona X a las 17:30 h y le causó la muerte y luego del debate se llega a la convicción de que el disparo se realizó a las 17.32 h, podría afirmarse (usualmente) que una variación de esta naturaleza es insignificante, que el hecho no ha variado en cuanto a su identidad y que *en esencia* sigue siendo el mismo. En el otro extremo, si la diferencia en la realización del disparo es de dos semanas, claramente no se afirmaría que la variación es insignificante. Ahora bien, definir a partir de cuántos minutos de diferencia la variación dejaría de ser insignificante es ya un planteamiento no tan fácil de responder.

La Corte IDH, como se ha dicho, ha tenido en cuenta la interpretación que el TEDH ha realizado del artículo 6.3.a y b CEDH. En este contexto el Tribunal Europeo sostiene una “doctrina de observación de conjunto”,³³ es decir, comprueba, atendiendo a todas las circunstancias del caso concreto, si el proceso en su conjunto ha sido justo o equitativo.³⁴

Desde esta perspectiva, un juzgamiento que se aparte levemente de los hechos en principio acusados y comunicados no representaría ya directamente una lesión de la disposición. Sería decisivo que a fin de cuentas la defensa no haya sido impedida en forma relevante por la adopción del nuevo contenido fáctico ni por la necesidad de un tiempo adicional de preparación. Se ha visto como suficiente que el acusado, a partir del curso del juicio o vista principal, haya podido reconocer los términos finales de la acusación.³⁵

La Corte IDH, al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, ha entendido, a partir de la omisión de la comunicación de ciertas variaciones introducidas en la

³¹ Ricardo Guibourg, Alejandro Ghigliani y Ricardo Guarinoni: *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires: Eudeba, 1995, pp. 42, 48.

³² Uwe Hellmann: *Strafprozessrecht*, pp. 287-289.

³³ Kai Ambos: “Die Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Verfahrensrechte”, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, n.º 115, 2003, p. 611.6

³⁴ Jens Meyer-Ladewig: *Europäische Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden: Nomos, 2011, 3.ª ed., p. 178.

³⁵ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, Berlín: De Gruyter Recht, 2005, p. 379.

sentencia condenatoria, que se ha privado al acusado de la certeza sobre la acusación (lesión del inciso *b* del artículo 8.2 CADH) y que esto fue un obstáculo para la preparación adecuada de la defensa (lesión del inciso *c* del mismo artículo).

En primer término, se ha señalado la modificación de los momentos subjetivos del autor, específicamente cuando se pasa la atención de un hecho culposo a uno doloso, y, en segundo término, circunstancias no mencionadas originalmente en la acusación que permitieron agravar la pena.

Respecto a lo mencionado en primer lugar, la Corte IDH expresó que el tribunal de sentencia tuvo por acreditado, a diferencia de lo expresado en la acusación del Ministerio Público, “[...] que la causa de la muerte [...] se debió a asfixia por estrangulamiento [...] y no como consecuencia de la violación de la menor de edad y pudo haber ocurrido que después de fallecida la víctima el señor Fermín Ramírez tuvo acceso carnal con el cadáver, convirtiéndose en una NECROFILIA”, y que consecuentemente este era “autor responsable del delito de ASESINATO³⁶ Y NO DE VIOLACIÓN CALIFICADA [...]”.^{37 38}

³⁶ Artículo 132 CPG:

“Asesinato. Comete asesinato quien matare a una persona:

“1) Con alevosía;

“2) Por precio, recompensa, promesa, ánimo de lucro;

“3) Por medio o con ocasión de inundación, incendio, veneno, explosión, desmoronamiento, derrumbe de edificio u otro artificio que pueda ocasionar gran estrago;

“4) Con premeditación conocida;

“5) Con ensañamiento;

“6) Con impulso de perversidad brutal;

“7) Para preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o la inmunidad para sí o para sus copartícipes o por no haber obtenido el resultado que se hubiere propuesto al intentar el otro hecho punible;

“8) Con fines terroristas o en desarrollo de actividades terroristas.

“Al reo de asesinato se le impondrá prisión de 25 a 50 años, sin embargo, se le aplicará la pena de muerte en lugar del máximo de prisión, si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor particular peligrosidad del agente. A quienes no se les aplique la pena de muerte por este delito, no podrá concedérsele rebaja de pena por ninguna causa”.

³⁷ Artículo 175 CPG:

“Violación calificada. Si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la ofendida se impondrá prisión de 30 a 50 años.

“Se le impondrá pena de muerte, si la víctima no hubiere cumplido 10 años de edad”.

Artículo 173 CPG:

“Violación. Comete delito de violación quien yaciere con mujer, en cualquiera de los siguientes casos:

“1. Usando de violencia suficiente para conseguir su propósito;

“2. Aprovechando las circunstancias, provocadas o no por el agente, de encontrarse la mujer privada de razón o de sentido o incapacitada para resistir;

“3. En todo caso, si la mujer fuere menor de doce años.

“En los casos prescritos la pena a imponer será de seis a doce años”.

³⁸ Corte IDH, caso Fermín Ramírez contra Guatemala (cit. nota 3), § 54.14

No coincide la dirección del dolo en ambos supuestos: en el primero, el *animus* es de mantener acceso carnal, del que resulta la muerte del sujeto pasivo; en el segundo, es de matar, en alguna de las formas o a través de alguno de los medios que la ley prevé a título de agravantes. El Tribunal de Sentencia dio por demostrados hechos no contenidos en la acusación: la muerte dolosa producida por “asfixia mediante estrangulamiento” y la posibilidad del acceso carnal posterior a la muerte. No podría entenderse que esto significa un simple cambio en la calificación jurídica del delito, sino implica hechos diferentes de los que constituyen Violación Agravada (artículo 175 del Código Penal). Así, se modificó la base fáctica establecida en la acusación, sin que el señor Fermín Ramírez pudiera ejercer defensa alguna al respecto [...].³⁹

La Corte IDH ha dado a entender, en lo pertinente, que la acusación del Ministerio Público hacía referencia a circunstancias fácticas que realizarían los presupuestos de una coacción sexual dolosa y la causación culposa de la muerte de la víctima, en tanto que en la sentencia fueron acreditadas circunstancias que realizarían los presupuestos de un homicidio doloso calificado y, con respecto a la coacción sexual, que no existía certeza de si los “actos sexuales” se dieron antes o después de la muerte, razón por la que la condena se fundó solamente respecto al homicidio.

La Corte IDH consideró, además, que las circunstancias relativas a la peligrosidad⁴⁰ del acusado que permitieron la agravación de la pena (a la pena de muerte) tampoco fueron expresadas en la acusación originalmente formulada por el Ministerio Público en contra de Fermín Ramírez, pese a lo cual tuvieron trascendencia en la sentencia y significaron igualmente un menoscabo al derecho de defensa y consecuentemente al principio de coherencia.⁴¹

2.4. Momento de la comunicación

La CADH, en el inciso *b* del artículo 8.2, no hace referencia expresa a la oportunidad en que la comunicación de los cargos debe ser realizada. En cambio, el artículo 14.3.a del PIDCP y el artículo 6.3.a de la CEDH disponen, respectivamente, que el

³⁹ *Ibidem*, § 76.

⁴⁰ El recurso a la peligrosidad en el Código Penal de Guatemala fue considerado por la Corte IDH como un ejercicio del *ius puniendi* sobre la base de las características personales del autor y no del hecho cometido, es decir, una sustitución del derecho penal de acto o de hecho por el derecho penal de autor, y como tal violatoria del artículo 9 de la CADH (Corte IDH, caso Fermín Ramírez contra Guatemala (cit. nota 3), § 94 ss., 138, de la sentencia).

⁴¹ *Ibidem*, § 81.

acusado debe ser informado sin demora de la acusación formulada y que la comunicación de la acusación debe realizarse en el más breve plazo.

La Corte IDH ha manifestado que el derecho de defensa necesariamente debe poder ser ejercido “desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible.”⁴²

En la interpretación del artículo 6.3.a CEDH se ha expresado que esto se concreta, por ejemplo, cuando se toma conocimiento de la existencia de la inculpación en el marco del procedimiento, como sería el caso de una aprehensión o un allanamiento para la incautación de evidencias.⁴³ En este orden de ideas, surgiría la obligación de realizar la comunicación a partir del momento del señalamiento mencionado en el párrafo anterior, y, a fin de asegurar el derecho consagrado en el inciso c del artículo 8.2 CADH, esta comunicación debe ser realizada “sin demora” o “en el más breve plazo”, como disponen los documentos internacionales citados.

Con miras a la preparación de una defensa eficiente, es también razonable que, en el caso de una variación de los hechos originariamente atribuidos, la comunicación complementaria deba realizarse sin demora.

La Corte IDH ha expresado que, para que el inciso b del artículo 8.2 CADH cumpla con sus fines, “es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”.

Desde una perspectiva similar, en la interpretación del artículo 6.2.a CEDH, se ha entendido que la comunicación cumple su finalidad si el inculpado, luego de recibir la información, ha tenido suficiente oportunidad para preparar su defensa.⁴⁴

Atendiendo a este punto de vista, podría argumentarse igualmente que la comunicación de una variación de la base fáctica del proceso es aún oportuna en tanto permita adaptar o modificar la defensa a los cambios operados, de manera que esta pueda ser puesta a consideración antes de una decisión determinante sobre los hechos.

En cuanto a la valoración del tiempo adecuado para la preparación o adaptación de la defensa, en caso de una variación de los hechos, adquieren un rol determinante las circunstancias o características del caso concreto e igualmente el estadio procesal en que este se encuentra.

Con relación a los medios para el ejercicio de la defensa, puede mencionarse el acceso del inculpado a las actuaciones, así como la intervención en el análisis de la prueba.

⁴² Corte IDH, caso Barreto Leiva contra Venezuela (cit. nota 12), § 29

⁴³ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, (cit. nota 35), p. 375.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 377.

En el marco de la interpretación del inciso *b* del artículo 6.3 CEDH, se ha expresado, por ejemplo, que en caso de personas privadas de su libertad deben garantizarse las condiciones que permitan leer y redactar concentradamente; la posibilidad de consultar libremente con el defensor en forma oral o escrita, salvados los requerimientos de seguridad o las reglas del instituto de reclusión.⁴⁵ La conversación con el defensor debe tener lugar en forma confidencial, es decir, en principio no debe ser vigilada.⁴⁶

Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte, en consonancia con lo regulado en el derecho interno de este país,⁴⁷ expresó que “la necesaria congruencia entre la acusación y la eventual sentencia justifica la suspensión del debate y el nuevo interrogatorio del acusado, cuando se pretende cambiar la base fáctica de la acusación”.⁴⁸

2.5. Forma de la comunicación

La Convención no establece una forma específica en que debe realizarse la comunicación de la acusación al inculpado.

Tampoco el artículo 14.3.a ni el artículo 6.3.a CEDH requieren una forma específica al respecto. Se ha interpretado que, según el sentido de estas disposiciones, debe tratarse de una comunicación oficial al inculpado o a su defensor.⁴⁹

La Corte IDH, por su parte, ha señalado que la información referida a la acusación “debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos”.⁵⁰

La comunicación debe ser oficial y directamente realizada, es decir, no bastaría para cumplir con la Convención que el inculpado haya tomado conocimiento a través de los medios de comunicación de información que le permita deducir los cargos. El inculpado tiene derecho a conocer concretamente los términos de la inculpación, a fin

⁴⁵ TEDH, caso *Mayzit contra Rusia*, 63378/00, 2005, § 81.

⁴⁶ TEDH, caso *Öcalan contra Turquía*, 46221/99, 2003.

⁴⁷ Artículo 373 CPPG:

“En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

“Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación”.

⁴⁸ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74.

⁴⁹ Walter Gollwitzer: *Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR Kommentar*, (cit. nota 35), p. 379.

⁵⁰ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 28.

de evitar la incertidumbre y el margen de error que las conjeturas pueden determinar.⁵¹ Tampoco sería suficiente en principio la mera posibilidad de tener acceso a las actuaciones.⁵²

Una comunicación relativa a una variación de la base fáctica debería reunir igualmente los estándares mencionados.

Además de estos presupuestos debe atenderse a lo que concretamente dispone el derecho interno. Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, la Corte IDH tuvo en consideración las figuras de la acusación alternativa⁵³ o la ampliación de la acusación,⁵⁴ previstas en el Código Procesal de Guatemala, a los efectos de promover la modificación del objeto del proceso.⁵⁵

3 • *iura novit curia*

El principio *iura novit curia* expresa, en el ámbito del proceso penal, que el tribunal llamado a juzgar no se encuentra vinculado a la calificación jurídica propuesta en la acusación, o, en otros términos, que el tribunal puede calificar estos hechos de una manera distinta.⁵⁶

⁵¹ *Ibidem*, § 47.

⁵² TEDH, caso *Mattocia contra Italia*, 23969/94, 2000, § 65.

⁵³ Artículo 333 CPPG:

“El Ministerio Público, para el caso de que en el debate no resultaren demostrados todos o alguno de los hechos que fundan su calificación jurídica principal, podrá indicar alternativamente las circunstancias de hecho que permitan encuadrar el comportamiento del imputado en una figura delictiva distinta”.

⁵⁴ Artículo 373 CPPG:

“Ampliación de la acusación. Durante el debate, el Ministerio Público podrá ampliar la acusación, por inclusión de un nuevo hecho o una nueva circunstancia que no hubiere sido mencionado en la acusación o en el auto de apertura del juicio y que modifique la calificación legal o la pena del mismo hecho objeto del debate, o integre la continuación delictiva.

“En tal caso, con relación a los hechos o circunstancias atribuidos en la ampliación, el presidente procederá a recibir nueva declaración al acusado e informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del debate para ofrecer nuevas pruebas o preparar su intervención. Cuando este derecho sea ejercido, el tribunal suspenderá el debate por un plazo que fijará prudencialmente, según la naturaleza de los hechos y la necesidad de la defensa.

“Los hechos o circunstancias sobre los cuales verse la ampliación, quedarán comprendidos en la imputación”.

⁵⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74, 71.

⁵⁶ Julio Maier: *Derecho procesal penal* (cit. nota 11), p. 569.

La Corte IDH ha reconocido esta facultad de los tribunales, pero ha expresado que ella “debe ser entendida e interpretada en armonía con el principio de congruencia y el derecho defensa”.⁵⁷

3.1. Armonía con el principio de coherencia

La Corte IDH ha afirmado que el órgano juzgador puede modificar la calificación jurídica del hecho propuesta en la acusación, sin afectar el derecho de defensa, siempre que mantenga sin variación la base fáctica.⁵⁸

Al resolver el caso *Fermín Ramírez contra Guatemala*, reprobó, en este orden de ideas, el actuar del tribunal de sentencia guatemalteco; afirmó que este “[...] no se limitó a cambiar la calificación, sino modificó la base fáctica de la imputación, inobservando el principio de congruencia”.⁵⁹

El tribunal interamericano ha pretendido señalar de esta manera que un cambio de calificación no debe encubrir o esconder una modificación del contenido fáctico de la imputación.

3.2. Cambio de calificación y derecho de defensa

La Corte IDH ha expresado, además, que para llevar a cabo una nueva calificación es necesario observar las garantías procesales previstas en la ley.⁶⁰ Atendiendo al sentido de la afirmación, el tribunal, hizo referencia a las disposiciones del derecho interno.

Esta remisión no significa, sin embargo, que la facultad de los tribunales deba interpretarse únicamente con base en lo regulado en la ley procesal nacional, sino que debe atenderse también a las disposiciones de la Convención, específicamente las contenidas en los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

A partir de estas disposiciones, como se verá en detalle, surge también, ante un posible cambio de la calificación jurídica, la obligación de una comunicación y de conceder un tiempo y medios adecuados para la adaptación de la defensa.

⁵⁷ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 74.

⁵⁸ *Ibidem*, § 67.

⁵⁹ *Ibidem*, § 75.

⁶⁰ *Ibidem*, § 67.

Existen ordenamientos jurídicos nacionales que requieren que los tribunales adviertan al inculpado sobre la posible modificación de la calificación contenida en la acusación y que prevén los mecanismos para la correspondiente preparación.⁶¹

Es también posible, sin embargo, que el derecho interno permita a los tribunales modificar la calificación sin más trámite.⁶² En estos casos habría que interpretar esta facultad observando además las garantías establecidas en el artículo 8.2.b y c CADH.⁶³

3.3. Comunicación del cambio de calificación

La Corte IDH ha interpretado, como se ha visto, que comunicar previa y detalladamente la acusación, de conformidad con el artículo 8.2.b CADH, significa informar al interesado, además de las acciones u omisiones que se le imputan, las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de esta y la caracterización legal que se da a los hechos.⁶⁴

La comunicación sobre la caracterización legal o calificación jurídica de los hechos atribuidos es vista así también como un presupuesto para que el inculpado se encuentre en condiciones de preparar eficientemente su defensa.

Ante un posible cambio de la calificación, en primera instancia o en las ulteriores, surge consecuentemente la obligación de comunicar al inculpado esta posibilidad, a fin de no limitar sus posibilidades de defensa. Al comunicar la posibilidad de modificación se ha entendido que se debe informar cuál podría ser la nueva calificación legal.⁶⁵

La Corte IDH cita en la sentencia del caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* la decisión del TEDH en el caso *Pélissier y Sassi contra Francia*.

En el caso puesto a conocimiento del Tribunal Europeo, los afectados, François Pélissier y Philippe Sassi, ciudadanos franceses, fueron acusados por la comisión del

⁶¹ Artículo 374 CPPG:

“Advertencia de oficio y suspensión del debate. El Presidente del Tribunal advertirá a las partes sobre la modificación posible de la calificación jurídica, quienes podrán ejercer el derecho consignado en el artículo anterior”.

Véase el artículo 373 CPPG (cit. nota 54).

⁶² Este parece ser el caso del Código Procesal Penal de la Nación Argentina, si se considera el texto del artículo 401:

“401. Sentencia y acusación. En la sentencia, el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta a la contenida en el auto de remisión a juicio o en el requerimiento fiscal, aunque deba aplicar penas más graves o medidas de seguridad”.

⁶³ En este sentido Alberto Bovino: *Principio de congruencia, derecho de defensa y calificación jurídica. Doctrina de la Corte Interamericana*, <<http://www.pensamientopenal.com.ar/49humanos.pdf>> (1.8.2010).

⁶⁴ Corte IDH, caso *Barreto Leiva contra Venezuela* (cit. nota 12), § 28.

⁶⁵ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 73.

delito de quiebra fraudulenta y en primera instancia absueltos. En la instancia de apelación, el tribunal (Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence) realizó una valoración diferente del grado de participación y condenó a los afectados por complicidad en el hecho punible señalado.⁶⁶

El Tribunal Europeo entendió que los derechos de los afectados a ser informados detalladamente de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra ellos, así como de disponer del tiempo y las oportunidades necesarias para preparar su defensa, fueron afectados, y consecuentemente fue lesionado el artículo 6.3.a y b CEDH, que prescribe requerimientos para un proceso equitativo.⁶⁷ Para justificar esta afirmación el TEDH realizó las siguientes consideraciones:

El artículo 6.3 a) CEDH expresa en forma clara la necesidad de tener especial diligencia al momento de comunicar al acusado la acusación. La acusación juega en el proceso penal un rol determinante: En el momento de su comunicación se pone formalmente a conocimiento del inculpado los fundamentos fácticos y jurídicos de los cargos formulados en su contra [...]. El artículo 6.3 a) CEDH otorga al acusado el derecho no solo a ser informado de la causa de la acusación, es decir de los actos que supuestamente ha cometido y sobre los que se basa la acusación, sino también de la calificación legal dada a esos actos. Esta información debe ser detallada, tal como correctamente sostuvo la Comisión.

El alcance de esta disposición debe ser determinada, en particular, a la luz del derecho más general a un juicio justo, garantizado por el artículo 6.1 de la CEDH [...]. La Corte considera que, en cuestiones penales, el precepto concerniente a una información completa y detallada de los cargos formulados contra el imputado y, consecuentemente, a la calificación legal que el Tribunal pueda adoptar al respecto, constituye un presupuesto esencial para asegurar que los procedimientos sean justos.⁶⁸

Ante la Corte de Apelaciones de Aix-en-Provence, en momento alguno los acusados fueron impuestos por las autoridades sobre un eventual juzgamiento en relación con una complicidad en la quiebra. El Tribunal Europeo ha establecido que las peticiones adicionales del acusador particular fueron presentadas antes de la vista oral, aunque no se acreditó que hubieran sido entregadas efectivamente a los acusados o a su abogado, ni transmitidas posteriormente. Los afectados admitieron que el representante de la acusación particular expresó al pasar la posibilidad de valorar el contenido fáctico como complicidad en la quiebra, pero quedó establecido que ni el tribunal de apelación ni el

⁶⁶ TEDH, caso *Pélissier y Sassi contra Francia* (cit. nota 18).

⁶⁷ *Ibidem*, § 63.

⁶⁸ *Ibidem*, § 51-52.

representante del Ministerio Público en el curso del debate expresaron esa posibilidad ni abordaron el argumento de la acusación particular.⁶⁹

En atención a estas circunstancias, el Tribunal Europeo entendió que no se había demostrado que los acusados hubieran tenido conocimiento de la posibilidad de una nueva valoración de los hechos como complicidad en la quiebra por el tribunal de apelaciones. Atendiendo a “la necesidad de tener especial diligencia al momento de comunicar al acusado la acusación”, y en vista del rol determinante que juega la acusación en el proceso penal, el Tribunal Europeo fue del parecer de que ninguno de los argumentos del Estado, en conjunto o por separado, convencían sobre la observancia de las disposiciones del artículo 6.3.a CEDH.⁷⁰

El Tribunal Europeo, en algunos casos, ha entendido conciliable con el artículo 6.3.a CEDH la modificación de la valoración jurídica de la conducta del acusado sin una comunicación previa. Para esta determinación tiene como relevante que el acusado haya contado con suficiente oportunidad de defenderse ante la nueva valoración. Esto se ha afirmado, por ejemplo, cuando existe la posibilidad de que el juzgamiento, que modifica la calificación pueda ser revisado nueva e íntegramente por otro tribunal.⁷¹

Una calificación jurídica diferente de la conducta acusada, realizada en una instancia superior, consistente en la adopción de una circunstancia agravante, ha sido considerada conciliable con el artículo 6.3.a CEDH cuando el acusado pudo preverla.⁷²

Tampoco se ha considerado lesionada la disposición citada en un caso en que la calificación contenida en la acusación hacía referencia a determinada circunstancia agravante y luego el tribunal sentenció considerando otra circunstancia agravante.⁷³

3.4. Tiempo y medios adecuados

En lo atinente a la interpretación del derecho contenido en el artículo 8.2.c CADH, la Corte IDH ha hecho igualmente útiles las reflexiones del TEDH en el caso citado en el punto anterior.⁷⁴ El Tribunal Europeo expresó en este sentido:

⁶⁹ *Ibidem*, § 55.

⁷⁰ *Ibidem*, § 56.

⁷¹ TEDH, caso *Dallos contra Hungría*, 29082/95, 2002, § 47; TEDH, caso *Sipavicius contra Lituania*, 49093/99, 2002, párrs. 30.

⁷² TEDH, caso *De Salvador Torres contra España*, 21525/93, 1996, § 32 ss.; véase también TEDH, caso *Drassich contra Italia*, 25575/04, 2007, § 37 ss.

⁷³ TEDH, caso *Gea Catalán contra España*, 19160/91, 1995, § 29.

⁷⁴ Corte IDH, caso *Fermín Ramírez contra Guatemala* (cit. nota 3), § 69 y 77.

[...] que los sub-párrafos a) y b) del artículo 6.3 CEDH están conectados y que el derecho a ser informado sobre la naturaleza y la causa de la acusación debe ser considerado a la luz del derecho del imputado de preparar su defensa.⁷⁵

En cuanto a esto último, se ha mencionado que la Corte de Apelaciones francesa debió haber provisto a los acusados de la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa de una manera práctica y, en particular, oportuna.⁷⁶

Para lograr este fin, se ha puesto como ejemplo, pudo haberse aplazado la audiencia para recibir posteriormente la argumentación de los acusados o, alternatively, habérseles requerido que presentaran observaciones escritas mientras la Corte de Apelaciones deliberaba.⁷⁷

4. Conclusión

La Corte IDH ha considerado que el principio de coherencia constituye un corolario indispensable del derecho de defensa, una garantía fundamental del debido proceso en materia penal, y que los Estados tienen que observarlo en cumplimiento de las obligaciones que surgen de los incisos *b* y *c* del artículo 8.2 CADH.

El principio contiene una prohibición de sentenciar hechos distintos a los contenidos en la acusación e igualmente de acusar sobre hechos distintos a los que fueron objeto de la investigación.

Ante la variación del objeto del proceso revelada por el resultado de las pesquisas, en la sustanciación de la vista principal o en las etapas posteriores, surge a partir del inciso *b* del artículo 8.2 CADH la obligación de una nueva comunicación sin demora (o cuando menos oportuna), y a partir del inciso *c* la de conceder el tiempo y los medios adecuados para la adaptación de la defensa.

Las variaciones del objeto del proceso ocurridas en el debate y con la posibilidad de trascender a la sentencia justifican, en conexión con lo mencionado en el párrafo anterior, la suspensión del debate y un nuevo interrogatorio del acusado.

⁷⁵ TEDH, caso *Pélissier y Sassi contra Francia* (cit. nota 18), § 54.

⁷⁶ *Ibidem*, § 62.

⁷⁷ *Ibidem*.

Entre estas variaciones se han concretado aquellas referidas a los momentos subjetivos del autor, específicamente cuando surgen circunstancias que pasan la atención de un hecho culposo a un hecho doloso, y aquellas referidas a variaciones de circunstancias que permiten agravar la pena.

Por otra parte, la Corte IDH ha reconocido el principio *iura novit curia*, es decir, la facultad del juez de recurrir a una calificación jurídica distinta a la de la acusación.

Entiende, sin embargo, que esta facultad se encuentra condicionada al respeto del principio de coherencia y al respeto del derecho de defensa.

Con lo primero se hace referencia a que el cambio de calificación no debe esconder una modificación de la base fáctica de la acusación; con lo segundo, a que la facultad se halla condicionada a que se comunique al acusado la posible modificación y se le otorguen el tiempo y los medios adecuados para la correspondiente preparación.

En este último sentido, han sido consideradas la posibilidad de suspender el debate y la posibilidad de presentar argumentaciones por escrito.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ¿TRIBUNAL TÍMIDO Y TRIBUNAL AUDAZ?

Kai Ambos y María Laura Böhm

RESUMEN. El texto analiza la jurisprudencia del TEDH para determinar la línea interpretativa que este ha venido definiendo en sus sentencias relativas a violaciones de derechos humanos en el marco de investigaciones del ámbito penal. El análisis se realiza contrastando parcialmente la jurisprudencia del Tribunal Europeo con la de su par latinoamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Se revisa y refuta la tesis que afirma que el primero se comporta en forma tímida al momento de juzgar a los Estados, mientras que la última lo hace en forma audaz. En el artículo se explican la tesis mencionada (1) y el alcance y el método interpretativo expresamente aplicado por el TEDH en sus fallos (2), y se examina la interpretación dada por el TEDH a derechos fundamentales (sustantivos y procesales respectivamente) en el marco de procesos penales (3 y 4). Se concluye que el TEDH ha ampliado paulatinamente con sus fallos el ámbito de protección reconocido a la Convención Europea de Derechos Humanos, lo que pone en cuestión el mote de *tímido* que le han atribuido algunos autores (5).

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia, protección de los derechos fundamentales, proceso penal, Europa.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Rechtsprechung des EGMR und versucht herauszufinden, welche Interpretationslinie dieser in seinen Urteilen zu Menschenrechtsverletzungen im Rahmen seiner strafrechtlichen Untersuchungen entwickelt hat. Die Analyse erfolgt auf der Grundlage einer teilweisen Gegenüberstellung der Rechtsprechung des europäischen Gerichtshofs und der seines lateinamerikanischen Pendant, des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Dabei wird die These, ersterer trete bei der Beurteilung von Staaten zurückhaltend auf, während das Verhalten des letzteren gewagt sei, überprüft und widerlegt. Im Artikel wird die genannte These (1) sowie der vom EGMR gewählte Geltungsbereich und die ausdrücklich genannte

Auslegungsmethode erläutert (2) und die Grundrechte-Auslegung des EGMR (in materieller und prozessrechtlicher Hinsicht) untersucht (3 und 4). Der Beitrag kommt zu dem Schluss, dass der EGMR mit seinen Entscheidungen allmählich den der Europäischen Menschenrechtskonvention zugestandenen Schutzbereich erweitert hat, weshalb die ihm von einigen Autoren unterstellte *Zurückhaltung* bezweifelt werden muss (5).

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsprechung, Grundrechtsschutz, Strafprozess, Europa.

ABSTRACT. The case law of the ECHR is analysed to determine the line of interpretation which the Court has provided in its decisions on human rights violations in the context of criminal investigations. A partial comparison is made between the decisions of the European Court and those of its Latin American peer, the Inter-American Court of Human Rights. The article reviews and refutes the thesis that the first of these courts is timid when it comes to passing judgment on the States, while the second is bold. This study provides explanations for (1) the abovementioned thesis, (2) the scope and the interpretative method clearly applied by the ECHR in its rulings, and an examination of the ECHR's interpretation of fundamental rights (both substantive and procedural) in the context of criminal proceedings (3 and 4). It concludes (5) that through its decisions the ECHR has gradually extended the scope of protection under the European Convention on Human Rights, so that its labelling as timid by some authors may be contested.

Keywords: international human rights law, case law, protection of fundamental rights, criminal procedure, Europe.

1 • Introducción

El texto de una convención puede ser interpretado en forma restrictiva o en forma extensiva. En el primer caso se tratará de un apego fiel y detallado a la letra de la ley y de la voluntad de los Estados firmantes puesta de manifiesto al momento y de acuerdo a las circunstancias propias de la época en que se llevaron a cabo las correspondientes tratativas; en el segundo caso, se recurrirá al fin de la norma y se intentará adaptar la letra del texto a la situación concreta y a los tiempos actuales, es decir, se hará una interpretación dinámica del texto convencional. Mientras que en el primer caso puede resaltarse como positivo que el principio de legalidad se verá más fuertemente respetado —incluso aunque esto sea en

desmedro de una solución “satisfactoria” al caso concreto—, en el segundo caso, es decir, cuando se realice una interpretación más bien dinámica del texto, el aspecto positivo residirá en que siempre o casi siempre se encontrará una solución a la controversia concreta que deba resolverse— aunque esto vaya en desmedro de la literalidad del texto—.¹ Respecto de las convenciones de derechos humanos, que son interpretadas en última instancia por los respectivos tribunales de derechos humanos, los que definirán la línea interpretativa serán tanto estos tribunales como los Estados partes al implementar e interpretar en el ámbito nacional los derechos establecidos en dichas convenciones.

2 • Tribunal tímido y tribunal audaz

Según una tesis formulada por Armin von Bogdandy² respecto de la tarea e interpretación desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), este sería un tribunal audaz, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sería un tribunal tímido. La Corte IDH sería audaz porque sus decisiones tienen un efecto directo, porque la Corte anula normas nacionales (por ejemplo, amnistías), decide casos importantes (políticamente delicados) y es una institución reciente (no consolidada). Von Bogdandy tiene razón en cuanto a su análisis de la pretensión jurisdiccional de la Corte. De hecho, la Corte, en resumidas cuentas, se ha convertido en una cuarta instancia (una *Superrevisionsinstanz*) que interpreta la Convención como una Constitución de los Estados Americanos (“control de convencionalidad”) de la cual se derivan obligaciones con efecto directo y sobre todo muy concretas de los Estados miembros. Si bien la Corte acepta que está vinculada por la

¹ Cf. por todos sobre las reglas de interpretación de convenciones Richard K. Gardiner: *Treaty interpretation*, Oxford: OUP, 2008, pp. 141 ss., sobre el desarrollo histórico de las reglas de interpretación véanse pp. 51 ss. Debe tenerse presente que las pautas orientadoras para la interpretación de los tratados están dadas fundamentalmente por la Convención de Viena de 1969 (artículo 31), de la cual se desprenden como niveles de interpretación la letra de la convención, su objeto y fin, el contexto, los acuerdos ulteriores entre las partes, las prácticas ulteriores relativas a la aplicación del tratado, y en forma complementaria todo otro medio, incluidos los trabajos preparatorios, a fin de confirmar interpretaciones hechas a partir de lo dispuesto en el artículo 31 o para esclarecerlas en caso de ambigüedad o contradicción. Véase al respecto Anne Peters: *Einführung in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, München: Beck, 2003, pp. 17 ss.; cf. sobre la aplicación de la Convención de Viena en la interpretación de los tratados de derechos humanos el estudio de María Angélica Benavides Casals: *Die Auslegungsmethoden bei Menschenrechtsverträgen: Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, Baden-Baden: Nomos, 2010, pp. 26 ss., 69 ss.

² Ponencia del día 5 de octubre en el Simposio Humboldt, *Internacionalización del derecho constitucional - Constitucionalización del derecho internacional*, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, 4 al 6 de octubre del 2010.

Convención, a menudo llega a exceder los parámetros de una interpretación admisible tal como está prevista en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³ —y tal vez en tal exceso resida la baja cuota de cumplimiento de sus sentencias—. ⁴ Ya ha habido voces que advierten acerca de sus tendencias antidemocráticas (por ejemplo, al imponer en sus sentencias la obligación de sancionar una nueva ley, independientemente de la voluntad parlamentaria democráticamente legítima en el ámbito nacional)⁵ y antiliberales (por ejemplo, al interpretar la Convención contra el imputado y así en contra de principios liberales como los de legalidad e *in dubio pro reo*).⁶ No obstante estas críticas, entendemos que la calificación realizada por Von Bogdandy no se sostiene plenamente.

Antes de adentrarnos en el análisis del TEDH, es conveniente contextualizar esta comparación ofreciendo algunas reflexiones sobre la Corte IDH. La afirmación de que

³ Véanse los argumentos y ejemplos brindados en Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y protección internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 25 ss.

⁴ Según manifestaciones de la jueza Medina Quiroga en marzo del 2009, solo el 12 % de las sentencias de la Corte IDH fueron plenamente cumplidas por los Estados en todos sus puntos. El ámbito donde mayor incumplimiento se advierte es el relacionado con las sentencias a “investigar, procesar y eventualmente condenar a culpables de violaciones muy graves de derechos humanos” (cf. <http://www.ultimahora.com/notas/208940-5%C3%B3lo-12%20-de-sentencias-de-la-Corte-Interamericana-son-cumplidas>). Por su parte, sobre la cuota de cumplimiento de las sentencias del TEDH se ha dicho que el porcentaje es del 97 % (según un reporte del Consejo de Europa de 2006), aunque, como el mismo autor que cita este informe críticamente señala, no es claro qué criterio se ha tomado para definir qué reacción estatal puede considerarse como cumplimiento de una sentencia ni para elaborar tal cifra, sin duda difícil de aceptar (cf. Robert Esser: “Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte”, en Heiko Ahlbrecht et al. (comp.): *Internationales Strafrecht in der Praxis*, Heidelberg: Müller, 2008, pp. 1 ss., aquí p. 90). Teniendo en cuenta el número de sentencias que anualmente dicta el Tribunal (en el 2010 fueron 14991), dicho porcentaje resulta ciertamente aún más dudoso (cf. el *Council of Europe Annual Report 2010 - European Court of Human Rights*, enero 2011, disponible en <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F2735259-F638-4E83-82DF-AAC7E934A1D6/0/AnnualReport2010.pdf>). Sobre las dificultades y la sobrecarga sufrida por el TEDH véase Georg Ress: “Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte und die Grenzen seiner Judikatur”, en Meinhard Hilf, Jörn Axel Kämmerer y Doris König (comps.): *Höchste Gerichte an ihren Grenzen*, Berlín: Duncker & Humblot, 2007, pp. 55-85; este autor advierte sobre el imposible procesamiento de las entre 4000 y 5000 denuncias mensuales ingresadas al TEDH, de las cuales quedan alrededor de 1000 sin atención, lo que suma alrededor de 12.000 anuales (que se acumulan a los entre 70.000 y 80.000 casos no cerrados existentes ya en el año 2007 [p. 74]). Para un detallado informe estadístico de los procesos llevados por el TEDH entre 1955 y 2006 (diferenciados según país, derecho afectado, decisión de mérito) véase el Apéndice (“Overview of the Activity of the European Court of Human Rights”) en Helen Keller y Alec Stone Sweet (comps.): *A Europe of rights: the impact of the ECHR on national legal systems*, Oxford et al.: Oxford University Press, 2008, pp. 713-842.

⁵ Adviértase que este tipo de sentencias se encontraría entre aquellas que con menos frecuencia son plenamente cumplidas por los Estados (cf. *supra* nota 4). Véase como caso de contraste un análisis sobre la positiva influencia del TEDH sobre los principios del Estado de Derecho sostenidos por los Estados europeos así como por la Unión Europea a escala regional, principios que se ven influidos y fortalecidos por la jurisprudencia del Tribunal, en John Callewaert: “Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union”, en Peter-Christian Müller-Graff y Dieter H. Scheuing (comp.): *Gemeinschaftsgerichtsbarkeit und Rechtsstaatlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, 2008, pp. 177-186.

⁶ Cf. Malarino (cit. nota 3), pp. 25 ss.

se trata de un tribunal audaz presupondría que la Corte ha tenido que ir más allá de lo que ella esperaba, *en contra* de las voluntades de los Estados partes, y esto no ha sucedido en América Latina. En 1988, cuando la Corte estableció el deber estatal de investigar y castigar a quienes violaran los derechos humanos en la sentencia central en el caso *Velásquez Rodríguez*,⁷ los procesos de transición de las dictaduras a las democracias en el Cono Sur y en Centroamérica ya habían comenzado.⁸ En este período se recuperó y reforzó el movimiento de derechos humanos y con ello el reclamo de justicia y castigo⁹ a los responsables de las violaciones graves de estos derechos cometidas durante las dictaduras de las décadas anteriores.¹⁰ La Corte —si bien con ciertas excepciones, como las de Perú¹¹ y Venezuela,¹² en que precisamente se trataba de situaciones actuales— fue

⁷ *Velásquez-Rodríguez contra Honduras*, Corte IDH, fallo 29.7.1988, § 162 ss., 166, 174.

⁸ Véase sobre este período el trabajo fundamental de Javier Chinchón Álvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz*, Madrid: Universidad Complutense, 2007, *passim*.

⁹ Desde la mencionada sentencia *Velásquez-Rodríguez contra Honduras* (cit. nota 7), luego nuevamente por ejemplo en el conocido caso *Almonacid Arellano et al. contra Chile* (fallo 26.9.2006, serie C, n.º 154, § 110) y hasta la reciente sentencia *Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil* (fallo 24.11.2010, serie C, n.º 219, § 140): “La obligación conforme al derecho internacional de enjuiciar y, si se les declara culpables, castigar a los perpetradores de determinados crímenes internacionales, entre los que se cuentan los crímenes de lesa humanidad, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación [...]”. En el mismo sentido, más recientemente el *Human Rights Committee* (HRC), en su *general comment* 31, identificando “obligaciones positivas” en el artículo 2 (1) PIDCP y exigiendo “medidas adecuadas o [...] la debida diligencia para evitar, castigar, investigar o reparar el daño causado” por violaciones al PIDCP cometidas por órganos estatales, así como por “particulares o entidades privadas” (§ 8); en cuanto al artículo 2 (3) PIDCP, el HRC exige “recursos [...] eficaces”, “mecanismos judiciales y administrativos adecuados para atender las reclamaciones de violaciones de los derechos” para dar efecto a la “obligación general de investigar las alegaciones de violaciones con rapidez” (§ 15); además, los “Estados Partes deben velar por que los responsables sean sometidos a la justicia”, especialmente en casos de graves violaciones como tortura, asesinato arbitrario y desaparición forzada (§ 18).

¹⁰ Este movimiento recibió apoyo de varios gobiernos del viejo sistema occidental y de organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales, y sobre todo se ensambó con la refundación del movimiento internacional para una justicia penal internacional, que se reinició con la caída del muro de Berlín y el fin de la vieja confrontación de bloques. Cf. Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2006, § 6, nm. 25. En detalle sobre la importancia de la caída de la cortina de hierro (y del muro en Alemania, el proceso llamado *die Wende*) para el DPI véase Frank Neubacher: *Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2005, pp. 372 ss.

¹¹ Con motivo de la intervención de la Corte en contra de la persecución sufrida por jueces del Tribunal Constitucional peruano a partir de 1992, en 1999 el gobierno de Fujimori decidió en forma intempestiva no someterse a la Corte y retirar su consentimiento a la competencia contenciosa de esta mediante la resolución legislativa n.º 27152, del 8 de julio de 1999, la cual fue declarada inadmisibles por la Corte IDH en su sentencia *Tribunal Constitucional contra Perú*, del 24 de septiembre de 1999. En el 2007 también el presidente Alan García se mostró reticente frente a la sentencia de la Corte en el caso de la *Matanza del penal Castro* (cf. *El Comercio*, Lima, 10.1.2007, <<http://elcomercio.pe/ediciononline/html/2007-01-10/onEcPolitica0648819.html>>; véase también

¹² Debido al informe “Democracia y derechos humanos en Venezuela”, aprobado por la Comisión Interamericana (OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54, 30 de diciembre de 2009) y dado a conocer en febrero de 2010, donde se identifica la restricción por el gobierno venezolano del pleno goce de los derechos humanos —fundamentalmente aquellos relacionados con la libertad de expresión—, el presidente venezolano Hugo Chávez amenazó con denun-

considerada aliada de los nuevos gobiernos democráticos latinoamericanos frente al juzgamiento de los hechos del pasado. Por un lado, los representantes estatales no discutieron, en general, sobre los requisitos de admisibilidad (por ejemplo, sobre el agotamiento de los recursos internos); por otro, en más de una oportunidad se solicitó a la Corte tomar ciertas decisiones en favor de la política de derechos humanos nacional. En otras palabras, la Corte y los nuevos gobiernos, en principio, persiguieron la misma política pro derechos humanos, lo cual sin duda resta *audacia* a la actividad de la Corte.

En una suerte de trabajo comparativo, el presente estudio analiza cuál es la forma interpretativa de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) que sigue el TEDH. ¿Es la jurisprudencia del TEDH *tímida* cuando se trata de proteger los derechos humanos de los habitantes de Europa, fundamentalmente de aquellos involucrados en causas penales, ya sea como víctimas o como ofensores? El análisis se centrará específicamente en el grado de intervención e involucramiento de las sentencias del TEDH respecto de los procedimientos penales internos de los Estados partes, el respeto de los derechos del imputado y de las decisiones de política criminales adoptadas a nivel interno.

3. Alcance de los fallos del TEDH y los principios de interpretación de la CEDH

La relación y el rango de la CEDH con los distintos órdenes nacionales depende precisamente de la legislación interna de estos; no puede establecerse una pauta única al respecto.¹³ El alcance de las sentencias del TEDH, por su parte, es a la vez limitado y extenso.

ciar la Convención y retirarse de ella (cf. http://el-nacional.com/www/site/p_contenido.php?q=nodo/124706/Nacional/Venezuela-abandonar%C3%A1-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos).

¹³ Mientras en algunos Estados a la Convención se le ha reconocido rango constitucional (Austria, Suiza), en muchos otros cuenta con rango supralegal (España, Francia), y en unos pocos meramente legal (Alemania); es decir, en este último caso la Constitución nacional sigue teniendo prevalencia frente a la CEDH. Véase Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 2.ª ed., 2008, § 10, nm. 7 ss.; Kai Ambos y Alexander Heinze: “La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho a la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la Ley alemana”, en Javier Boix Reig (comp.): *La protección jurídica de la intimidad*, Madrid: IUSTEL, 2010, p. 536. Para un estudio comparativo detallado en cuanto a la implementación de la CEDH y de las sentencias del TEDH en los países europeos véase el trabajo colectivo dirigido por Helen Keller y Alec Stone Sweet (cit. nota 4), que reúne informes nacionales exhaustivos y ofrece un panorama general del estado de implementación del ordenamiento europeo sobre derechos humanos (pp. 3 ss. y *passim*).

Es *limitado* porque no se trata de fallos que impongan condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho (“El Estado X ha violado el artículo Y de la CEDH”). Las sentencias, por lo tanto, no tienen efecto casatorio; es decir, se trata de sentencias que no pueden proteger en forma directa e inmediata el derecho subjetivo lesionado (con excepción de los casos de denuncia admisible y fundada en que se dispone una “indemnización justa” —artículo 41 CEDH—, a falta de la posibilidad de una indemnización total de acuerdo con el ordenamiento legal del Estado en cuestión).¹⁴ El alcance del fallo, además, se limita a las partes en litigio (*inter partes*, artículo 46 CEDH).¹⁵ Sin embargo, puede decirse que el alcance de las sentencias del Tribunal es *extenso* en algunos países europeos ya que, al tratarse de sentencias “definitivas” (artículos 42 y 44 CEDH), y dado que los Estados partes están obligados a obedecer el fallo, en distintos ordenamientos nacionales y en la jurisprudencia de los tribunales superiores de los países se concede a los fallos del TEDH una importancia sustancial al dictar sentencias en el ámbito judicial interno, e incluso al discutir transformaciones en el ámbito parlamentario.¹⁶

Dada la incuestionable importancia que se reconoce a la CEDH y teniendo en cuenta que la jurisprudencia del Tribunal resulta orientadora en Europa (e incluso en otros ámbitos territoriales y jurisdiccionales), en la práctica las sentencias de la CEDH tienen un efecto *erga-omnes-intra-partes*.¹⁷ Este es, por ejemplo, el caso de Alemania. Según el Tribunal Constitucional, el efecto vinculante de un fallo del TEDH se extiende a todos los órganos estatales en Alemania y los obliga a cesar en la infracción de la Convención, siempre que la decisión de tal cese se encuentre entre las facultades de ese órgano y que no signifique una violación a la vinculación al derecho y la ley establecidos en el artículo 20 III de la Constitución Federal.¹⁸ De esta manera, si bien la CEDH tiene rango infraconstitucional, se le llega a conceder *de facto* prevalencia frente a la Constitución —a través de esta exigencia de que la Constitución sea interpretada acorde con la Convención¹⁹ y siempre que la Convención implique una mayor protección de los derechos fundamentales.²⁰

¹⁴ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁵ Crít. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁶ Sobre el rol conferido a la CEDH en general en el derecho europeo véase Peter Szczekalla: *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Berlín: Duncker & Humblot, 2002, pp. 507 ss.

¹⁷ Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 12, con más referencias.

¹⁸ Cf. Helmut Satzger: “Der Einfluss der EMRK auf das deutsche Straf- und Strafprozessrecht - Grundlagen und wichtige Einzelprobleme”, en *Jura* 2009, pp. 759-768, p. 760.

¹⁹ Véase especialmente el caso *Görgülü*, BVerfGE 111, 307; también BVerfG NJW 2004, 3407 (3410); BVerfGE 74, 358 (370).

²⁰ Cf. Ambos (cit. nota 13), § 10, nm. 9, con más referencias.

De todos modos esto no impide que haya muchas veces discordancia entre la interpretación que cada tribunal (el Constitucional y el Europeo de Derechos Humanos) pueda dar a los derechos fundamentales, en cuanto a la prevalencia de unos sobre otros en casos concretos. Véase el siguiente ejemplo: En el caso relativo a la medida de internamiento preventivo impuesta con ulterioridad al dictado de la sentencia (*nachträgliche Sicherungsverwahrung*), y cuya aplicación se hizo efectiva incluso sobre quienes ya se encontraban condenados cuando se sancionó la introducción de la medida en el artículo 66.b del *Strafgesetzbuch* (StGB, Código Penal alemán), el Tribunal Constitucional alemán consideró en dos sentencias muy cercanas una de otra que tal medida y su aplicación retroactiva no violaban la garantía de irretroactividad de la ley penal (artículo 7 CEDH), ya que esta última es aplicable al derecho penal y la imposición de penas, y no a la decisión respecto de medidas de seguridad, que no son “pena”. Del mismo modo consideró que tal imposición no violaba el derecho a la libertad (o, en realidad, la garantía de que la restricción de la libertad se base en un procedimiento adecuado) por cuanto la imposición de la medida consiste en una limitación de la libertad necesaria y por tanto constitucionalmente legítima dado que es impuesta en protección del derecho a la seguridad del resto de la población y decidida con base en la peligrosidad puesta de manifiesto al cometerse un hecho delictivo.²¹ El TEDH decidió sobre el caso y entendió que tanto la prohibición de irretroactividad como el derecho a la libertad habían sido violados por Alemania al sancionarse e imponerse la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*: el internamiento preventivo es una sanción penal —equiparable a una pena en la realidad—, y la prolongación de la restricción de la libertad decidida con posterioridad al dictado de la sentencia resulta imprevisible y por tanto violatoria del derecho a la libertad.²²

La sentencia del TEDH ha generado en Alemania no pocos inconvenientes: Si no se remueve la normativa que habilita la imposición del internamiento preventivo impuesto con ulterioridad a la sentencia, se estaría desconociendo la autoridad del TEDH y Alemania estaría políticamente en falta frente a los Estados partes; si se realiza la correspondiente reforma legislativa, esto implicaría en el ámbito nacional una violación de

²¹ Cf. BVerfGE 109, 133 (fallo 5.2.2004); BVerfGE 109, 190 (fallo 10.2.2004).

²² El TEDH encontró violados los artículos 5 (1)(a) (restricción de la libertad solo en virtud de una decisión de tribunal competente) y el artículo 7 (en su principio de irretroactividad) en *M. v. Germany*, n.º 19359/04, fallo 17.12.2009; confirmado por la Gran Cámara el 5 de mayo de 2010. Cf. sobre esta equiparación y sus consecuencias Robert Esser, Karsten Gaede y Michael Tsambikakis: “Übersicht zur Rechtsprechung des EGMR in den Jahren 2008 bis Mitte 2010 - Teil I”, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 2011, pp. 78-82, pp. 79 s.; Kai Ambos: *Internationales Strafrecht*, München: Beck, 3.ª ed., 2011, § 10, nm. 44, 48, 88.

la obligación de protección (*Schutzpflicht*) del Estado respecto de sus habitantes.²³ Esta situación se ha definido recientemente en el sentido marcado por el TEDH, mediante la sanción de una nueva ley restrictiva de la medida de seguridad en cuestión.²⁴ De esta manera, la sentencia europea ha delimitado el ámbito de actuación estatal y fortalecido el significado de los derechos humanos a la libertad y a la aplicación del principio de legalidad en su manifestación como prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal. Aun sin tener efecto casatorio, esta sentencia claramente ha modelado la legislación nacional. Este caso, por otra parte, revela la diferencia interpretativa de ambos órdenes: mientras que en el ámbito nacional la protección del derecho “colectivo” a la seguridad ha tenido prevalencia, en el ámbito del TEDH fueron protegidos más ampliamente los derechos individuales.

Igual situación se ha dado en Alemania en el caso *Caroline*, en que el Tribunal Constitucional entendió que la toma y publicación de fotografías de Carolina de Mónaco en situaciones cotidianas no representaba una violación a su esfera privada, dado que como figura pública debe aceptar que se informe públicamente sobre ella.²⁵ El TEDH, por el contrario, entendió que Alemania había violado su derecho a la intimidad (artículo 8 CEDH) dado que la toma de fotografías y su publicación no son de interés público cuando solo reflejan escenas cotidianas que no tienen un fin informativo o de interés general, aun cuando se trate de personas de interés público.²⁶ Nuevamente, el derecho individual tuvo en el ámbito europeo mayor relevancia que en el nacional, donde se dio prevalencia al derecho a la libertad de prensa y el interés de entretenimiento. Tanto la doctrina como la jurisprudencia posteriores al fallo del TEDH han sido divergentes, sin poder establecer una única línea interpretativa.²⁷

²³ Henning Radtke: “Konventionswidrigkeit des Vollzugs erstmaliger Sicherungsverwahrung nach Ablauf der früheren Höchstfrist? Innerstaatliche Wirkungen und Folgen des Urteils des EGMR vom 17.12.2009”, en *NStZ*, 2010, 537, p. 537; Radtke realiza un detallado análisis del fallo del TEDH y su efecto en el ámbito nacional. Véanse también —con especial énfasis en los efectos de los fallos del TEDH en Alemania— los comentarios de Christoph Grabenwarter: “Wirkungen eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte - am Beispiel des Falls M. gegen Deutschland”, en *Juristen Zeitung*, 18, 2010, pp. 857-869; Grischa Merkel: “Incompatible Contrasts? - Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights”, en *German Law Journal*, 11(9), 2010, pp. 1046-1066; Jörg Kinzig: “Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland”, en *NStZ*, 2010, 233-239.

²⁴ *Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen vom 22. 12. 2010* (BGBl. I S. 2300) [ley sobre la nueva regulación del derecho del internamiento preventivo y sobre regulaciones complementarias, del 22.12.2010].

²⁵ BVerfG, sentencia del 15 de diciembre de 1999

²⁶ *Von Hannover v. Germany*, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.

²⁷ Cf. en detalle sobre el caso, Ambos y Heinze (cit. nota 13), pp. 542 ss., con más referencias.

Interesante es de todos modos que el Tribunal Constitucional continúa poniendo el interés de entretenimiento y la libertad de prensa por encima del derecho a la privacidad de las personas de interés público.²⁸ Así, compartir la interpretación dada por el TEDH a los derechos fundamentales no significa compartir el rango que les da. En este sentido es importante recordar, que el TEDH únicamente señala dónde existe una violación de la Convención. Sin embargo, le está vedado imponer o siquiera establecer los medios por los cuales el Estado debe corregir tal violación. El TEDH no está facultado para hacerlo y tampoco ha pretendido avanzar en ese sentido.²⁹

Teniendo entonces en cuenta la relevancia (y polémica) que los fallos del TEDH revisten para los ordenamientos nacionales, es importante definir qué tipo de sentencias, es decir, qué tipo de interpretación de la CEDH suele realizar el TEDH. El TEDH ha caracterizado sus propias interpretaciones del siguiente modo:

3.1. Interpretación dinámica-teleológica (concepto del *living instrument*)

Según el propio Tribunal, sus sentencias favorecen una interpretación “dinámica-teleológica” de la CEDH, es decir, el Tribunal entiende a la CEDH como un “*living instrument*”,³⁰ un instrumento viviente. Esto significa, según ha manifestado en *Tyrer*,³¹ que el Tribunal considera el sentido y el fin *actuales* de la norma tomando en cuenta los cambios (económicos, sociales y/o éticos) que hayan tenido lugar desde la firma de la Convención hasta nuestros días. La idea de un *living instrument* fue expresamente explicada en la mentada sentencia, en que el Tribunal sentó:

El Tribunal debe recordar que la Convención es un instrumento viviente que, como ha resaltado correctamente la Comisión, debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales. En el caso que ahora se juzga el Tribunal no puede ser influido por los desarrollos y estándares normalmente aceptados en la política penal de los Estados miembros del Consejo de Europa en este ámbito.³²

²⁸ Cf. *ibídem*, p. 554.

²⁹ Cf. *Campbell et al. v. the United Kingdom*, n.o 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983, § 38; *Belolís v. Switzerland*, TEDH n.o 20/1986/167, fallo 29.4.1988, § 78; *Demicoli v. Malta*, TEDH n.o 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991, § 45. Véase al respecto Radtke (cit. nota 23), p. 540

³⁰ Peters (cit. nota 1), p. 18.

³¹ *Tyrer v. the United Kingdom*, TEDH n.º 26, fallo 25.4.1978.

³² *Tyrer v. the United Kingdom* (cit. nota 31), nm. 31 (“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field”). Esta idea es seguida en *Loizidou v. Turkey*,

Esta forma interpretativa sigue el fallo *Selmouni*,³³ en que se pone de manifiesto que ciertos actos que en el marco del artículo 3 CEDH originalmente eran entendidos solo como tratos inhumanos y degradantes pueden pasar a ser interpretados como claras torturas:

El Tribunal considera que ciertos actos que eran clasificados en el pasado como “trato inhumano y degradante” como opuestos a “tortura” podrían ser clasificados de otra manera en el futuro. El Tribunal sostiene que la continua elevación de los estándares máximos requeridos en el ámbito de los derechos humanos y de las libertades fundamentales requiere adecuada e inevitablemente una mayor firmeza al constatar violaciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas.³⁴

En fallos posteriores el Tribunal ha reforzado esta idea tanto respecto de la interpretación dada a las violaciones de derechos humanos en sí (por ejemplo, en cuanto a la restricción del derecho a la transexualidad en Gran Bretaña)³⁵ como a los documentos del ordenamiento de derechos humanos europeos (sobre el efecto vinculante de las ordenanzas del TEDH, por ejemplo).³⁶

3.2. Tensión entre una interpretación dinámica-teleológica por una parte y la certeza legal y la previsibilidad judicial por otra

En *Mamatkoulov and Abdurasulovic* el Tribunal estableció de forma expresa la necesidad de combinar adecuadamente una interpretación dinámica-teleológica con el debido respeto a la necesidad de certeza legal y previsibilidad de los fallos del Tribunal y su interpretación. Si bien reconoce que no se encuentra vinculado por sus sentencias

TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995, pp. 26-27, § 71; *Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999, 149 ss., nm. 101; *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 28957/95, fallo 11.7.2002, § 74; *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH n.º 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.

³³ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), 149 ss., nm. 101. Cf. sobre este fallo también Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁴ *Selmouni v. France* (cit. nota 32), nm. 101 (“[...] the Court considers that certain acts which were classified in the past as ‘inhuman and degrading treatment’ as opposed to ‘torture’ could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies”). Cf. sobre este fallo también Peters (cit. nota 30), p. 18; Satzger (cit. nota 18), p. 760.

³⁵ Cf. *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32). Véase sobre los fallos y el cambio jurisprudencial por aplicación de una interpretación dinámica Peters (cit. nota 30), pp. 19 y 157-158.

³⁶ Véase al respecto *Mamatkoulov and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32)

anteriores, entiende que no debería apartarse de ellas sin aportar razones debidamente fundadas³⁷

3.3. Interpretación autónoma

En este contexto, al definir tal tensión entre dinamismo y certeza, el Tribunal invoca la necesidad de que la sentencia concrete los derechos en forma “práctica y efectiva, y no teórica e ilusoria”.³⁸

Por otra parte, el TEDH también hace una interpretación “autónoma” de la CEDH, es decir, una interpretación independiente de los conceptos e interpretaciones de los órdenes nacionales. Si bien estos últimos ayudarían a la interpretación del Tribunal, este no se siente vinculado por ellos. De esta manera se evita que los Estados, mediante la aplicación e interpretación de su derecho interno, puedan dirigir las garantías provistas por la Convención.³⁹

4. Derechos materiales: criminalización como medio para su protección efectiva

El TEDH ha considerado que los Estados partes tienen un margen de discreción respecto de cuáles son los medios que van a poner en marcha para procurar la protección de los derechos humanos.⁴⁰ Sin embargo, entiende que en los casos en que los derechos más básicos son los que se encuentran en juego, es necesaria una disuasión efectiva, que solo puede alcanzarse mediante la criminalización. La criminalización de conductas lesivas es un medio necesario para la protección de los derechos humanos, según el Tribunal, por lo que en distintas oportunidades ha ordenado de acuerdo a

³⁷ *Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), nm. 104-106 (105: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents”). El Tribunal cita en su sentencia, entre otros, *Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara), n.º 27238/95, fallo 18.1.2001, § 70 y *Goodwin v. United Kingdom* (cit. nota 32), § 74.

³⁸ *Mamatkoulou and Abdurasulovic v. Turkey* (cit. nota 32), § 104-106 (105: “It is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. A failure by the Court to maintain a dynamic and evolutive approach would indeed risk rendering it a bar to reform or improvement”).

³⁹ Satzger (cit. nota 18), p. 760.

⁴⁰ Véanse ya cit. 29 y texto principal.

ello la adopción de medidas legislativas y judiciales en este sentido.⁴¹ Meras sanciones administrativas no serían suficientes para los casos de graves violaciones de los derechos humanos, sino que el Estado tiene un deber de asegurar que todas las violaciones al derecho a la vida sean castigadas.⁴²

El requerimiento del Tribunal no debe entenderse en forma concreta, sino abstracta. El Tribunal exige que se monten los mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal, es decir que se refiere fundamentalmente a un deber de perseguir y no a un deber de castigar: la persecución es un medio, mientras que el castigar es el resultado.⁴³ El Tribunal exige que se asegure una “investigación capaz de conducir a la identificación y el castigo”, es decir, una vez más, que el TEDH interpreta este deber como una obligación de medios y no de resultados.⁴⁴ El TEDH se muestra más bien cauto al requerir el establecimiento de los medios adecuados para la defensa de los derechos en abstracto, sin definir exactamente cuáles son estos medios ni exigir en concreto la obtención del resultado. En este sentido, aun entendiendo a la CEDH como un *living instrument*, el TEDH parece seguir en general una práctica de *judicial constraint* en cuanto a la obligación de legislación y, en concreto, de criminalización. En lo que sigue explicamos esta idea tomando como ejemplo las sentencias del TEDH sobre dos temas distintos: la protección de la vida y la protección del Estado de derecho.

⁴¹ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002, § 51; *Kilic v. Turkey*, App. n.º 22492/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey*, App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000, § 85 (sobre el artículo 2(1) dijo el Tribunal que este impone “primeramente al Estado el deber de asegurar el derecho a la vida mediante la implementación de disposiciones de derecho penal efectivas” [“primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions”]). Véase al respecto Anja Seibert-Fohr: *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford et al.: OUP, 2009, p. 112 ss.

⁴² *Öneryildiz v. Turkey*, TEDH (Gran Cámara), App. n.º 48939, fallo 30.11.2004, § 91-96, 111. Así, ha dicho el Tribunal: “Las obligaciones derivadas del artículo 2 no terminan ahí. Cuando se han perdido vidas en circunstancias que potencialmente involucran la responsabilidad estatal, la norma impone un deber al Estado de asegurar, por todos los medios a su disposición, una respuesta adecuada —judicial o no— de modo que el marco legal y administrativo para proteger el derecho a la vida sean debidamente implementados y cualquier violación de este derecho sea repimido y castigado” (“*The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response – judicial or otherwise – so that the legislative and administrative framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished*”) (§ 91, refiriendo *mutatis mutandis* a *Osman v. the United Kingdom*, TEDH Reports 1998-VIII, fallo 28.10.1998, p. 3159, § 115, y *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002, § 54).

⁴³ Cf. *Öneryildiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 93; *Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007, § 323 ss. Véase sobre esta jurisprudencia Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 115.

⁴⁴ *Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 71; *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 324; *Anguelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002, § 139; *Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006, § 118; *Cesim Yildirim et al. v. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008, § 52; *Nadrosov v. Russia*, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008, § 38.

4.1. Protección del derecho a la vida

En particular es la vida el bien jurídico que el Tribunal busca proteger mediante la criminalización.⁴⁵ Esta forma de protección se ha llamado *protección procesal*⁴⁶ —contracara de la *obligación procesal*—,⁴⁷ ya que mediante la persecución penal se busca hacer efectiva en la práctica la prohibición de matar y torturar. La persecución penal deviene en una implementación del derecho a la vida requerido por el artículo 2 CEDH.⁴⁸ De esta manera el TEDH desarrolla el concepto de las obligaciones positivas que estarían derivadas de los derechos sustantivos.⁴⁹ De todas maneras, el Tribunal procura no extender más allá de lo razonable las obligaciones de protección emanadas del artículo 2 CEDH, de modo de no imponer “una carga imposible o desproporcionada a las autoridades”.⁵⁰ Aun así, se ha criticado que la jurisprudencia del Tribunal va más allá de una simple protección:

Al asumir un deber de criminalizar serios abusos de los derechos humanos, la corte ha ido un paso más allá. Mientras que en casos anteriores se trataba de medidas de protección contra amenazas de muerte, la nueva doctrina de la criminalización viene a exigir medidas represivas. Esta forma de protección —que tiene consecuencias de largo alcance para el autor

⁴⁵ Cf. *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 42), § 115; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002, § 67.

⁴⁶ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Véase también Gabriele Bruckmann: *Was kostet ein Menschenleben?: Ein Vergleich der Schadensersatzurteile des Europäischen und des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte nach der Verletzung des Rechts auf Leben*, Frankfurt a. M.: Lang, 2009, pp. 50 s., quien destaca que la jurisprudencia del TEDH en este ámbito (“creación” de un deber de persecución penal) se ha visto claramente inspirada por su par interamericano, que tuvo que tratar, por ejemplo, casos de desaparición forzada muy anteriormente, pero a quien el TEDH “sorprendentemente” (“*erstaunlicherweise*”) no cita ni una sola vez en sus decisiones.

⁴⁷ Véase en este sentido el caso recientemente resuelto *Dink v. Turkey*, App. n.ºs 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010, § 76.

⁴⁸ Sobre otras obligaciones positivas (distintas de la persecución penal) derivadas del artículo 2 CEDH véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 730 ss.

⁴⁹ Véase recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 64, donde se sigue expresamente la jurisprudencia ya sentada en casos anteriores: *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 45), § 115; *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 85; *Kiliç v. Turkey* (cit. nota 41), § 62; *Opuz v. Turkey*, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009, § 128. Similar ya en *Ireland v. United Kingdom*, fallo 18.1.1978, § 239: “[La CEDH] no obliga únicamente a las altas autoridades del Estado Parte a respetar por sí mismas los derechos y libertades de la Convención [...] A fin de asegurar el disfrute de tales derechos y libertades, aquellas autoridades deben prevenir o remediar cualquier violación en los niveles inferiores” (“[...] does not merely oblige the higher authorities of the Contracting States to respect for their own part the rights and freedoms it embodies [...] in order to secure the enjoyment of those rights and freedoms, those authorities must prevent or remedy any breach at subordinate levels”). Cf. también Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 117. Para una clasificación de las obligaciones positivas véase el trabajo fundamental de Cordula Dröge: *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin et al.: Springer, 2003, pp. 6 ss., 11 ss. Para un análisis detallado de la evolución de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas véase Szczekalla (cit. nota 16), pp. 712 ss.; Benavides Casals (cit. nota 1), pp. 57 ss.

⁵⁰ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 86.

del crimen— tiene una calidad diferente que, por ejemplo, la de alejar a los niños de padres abusivos.⁵¹

Sin embargo, no creemos que tal crítica sea correcta. Es cierto que el Tribunal realiza una interpretación amplia del artículo 2 CEDH al establecer el deber primordial del Estado de asegurar el derecho a la vida mediante legislación penal disuasiva concreta, así como mediante el establecimiento de mecanismos de aplicación que conduzcan a la prevención, represión y sanción de tales violaciones,⁵² y que resulta amplia también al establecer que el derecho a la vida es violado no solo cuando se produce el resultado muerte, sino también cuando la vida es puesta en peligro por agentes estatales.⁵³ Por otra parte, sin embargo, no debe perderse de vista que el TEDH hace hincapié en que el artículo 2 de la CEDH comporta esta obligación solo entendida en circunstancias particulares. Es decir, el Tribunal no *crea* la necesidad de un derecho general a la seguridad, sino que impone al Estado la obligación de evitar la muerte de una persona cuando, en el caso concreto y en circunstancias definidas, podía haberla prevenido y evitarla. La obligación positiva se genera si las autoridades saben o deben saber que la vida de un individuo se encuentra amenazada en forma real e inmediata por la acción criminal de un tercero, y si está dentro de las facultades de dicha autoridad el adoptar las medidas que desde un punto de vista razonable pudieran disminuir el riesgo.⁵⁴ Se trata por tanto de una cuestión respecto de la cual la respuesta depende del conjunto de circunstancias particulares en que está inserto el caso concreto,⁵⁵ y no de una exigencia general de impedir la muerte de los individuos de un país so pena de violar la CEDH. El TEDH no obliga el resultado *evitar la muerte*, sino la implementación de los medios razonablemente exigibles a las autoridades para evitar la muerte de un individuo en los casos en que su vida está siendo amenazada de modo real e inmediato.

De acuerdo con estas reflexiones, entonces, la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y que requiere de una debida

⁵¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 118 (*"In assuming a duty to criminalize serious human rights abuses, the Court has gone one step further. While protective measures against death threats were at issue in earlier cases, the new doctrine on criminalization now requires repressive measures. This form of protection – which has far-reaching consequences for the offender – has a different quality than, for example, removing children from abusive parents"*).

⁵² *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 64.

⁵³ *Osman v. United Kingdom* (cit. nota 45), § 115 ss., conc. Dröge (cit. nota 49), pp. 44 s.

⁵⁴ *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 65, y haciendo referencia a *Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001, § 89-90, *Opuz v. Turkey* (cit. nota 49), § 129, y *Gongadze v. Ukraine*, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005, § 165.

⁵⁵ *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 65.

criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH.⁵⁶

4.2. Protección de *the rule of law*

El TEDH ha dicho que los Estados no pueden aceptar bajo ningún concepto que crímenes que pongan en peligro la vida queden sin investigación por no contarse con los medios conducentes para llevarla a cabo. Uno de los motivos de tal rechazo consiste en que si no se persigue adecuadamente el castigo del ofensor, la confianza en el *rule of law* (o, si se lleva tal idea al ámbito continental, el Estado de derecho) se vería debilitada: “*This is essential for maintaining public confidence and ensuring adherence to the rule of law and for preventing any appearance of tolerance of or collusion in unlawful acts*”.⁵⁷ También el monopolio estatal de la violencia se ve puesto en entredicho según el TEDH si no se persigue en forma determinante la resolución de tales casos y, dadas las condiciones procesales, la imposición justa de una condena.⁵⁸

4.3. Protección mediante criminalización

El fin de la protección (de la vida, del Estado de derecho) mediante la criminalización acentúa el rol preventivo del derecho penal. De esta manera el TEDH no está protegiendo el derecho individual de la víctima a que se castigue a los ofensores, sino que está protegiendo a todas las personas de una eventual violación de sus derechos humanos.⁵⁹ Esta generalización en el fin perseguido conlleva una generalización en el alcance de las sentencias dictadas, ya que si bien estas son pronunciamientos que parten de reclamos individuales, en sus procesos y sentencias el TEDH cada vez más realiza una revisión general y un cotejo del cumplimiento de la CEDH.⁶⁰

En *Mahmut Kaya v. Turkey*,⁶¹ por ejemplo, el TEDH consideró que Turquía violaba su deber de prevenir la reiteración delictiva al fracasar permanentemente en la implementación de su respectiva legislación y de esta manera no investigar y llevar a juicio

⁵⁶ Cf. *infra* nota 69 y texto principal.

⁵⁷ *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁵⁸ *Ramsahai and Others v. The Netherlands* (cit. nota 43), § 325.

⁵⁹ *Seibert-Fohr* (cit. nota 41), pp. 118, 119, 121.

⁶⁰ *Zwierzynski v. Poland*, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001; *Somogyi v. Italy*, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004; *Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999. Cf. *Seibert-Fohr* (cit. nota 41), p. 119.

⁶¹ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41).

a los presuntos responsables.⁶² Según el Tribunal, que por primera vez consideró que por la insuficiente persecución de delitos anteriores podrían verse violados derechos individuales, Turquía estaría fomentando un clima de impunidad favorable a la actividad criminal.⁶³ Las generalizaciones de este tipo en las sentencias del Tribunal son criticadas por quienes consideran que al señalar problemas estructurales de los sistemas penales el TEDH recarga su ámbito de incumbencia y decide más allá de los procesos individuales llevados ante él:

Al señalar falencias sistémicas la corte aspira a administrar su creciente carga de casos. Requiere cada vez medidas mayores, que van más allá de remedios individuales al esperar de los Estados que con el fin de prevenir futuras violaciones revisen su legislación, sus normas y regulaciones, sus procedimientos públicos y sus prácticas judiciales.⁶⁴

Esta crítica es asimilable a la que se ha realizado a la Corte IDH por asumir como propias decisiones que deberían quedar en manos de los órganos nacionales.⁶⁵

En este contexto, sin embargo, cabe mencionar las recomendaciones del Consejo de Europa en que se estipulan formas en que los Estados deben cumplir con la protección efectiva de los derechos establecidos en la CEDH, especialmente impidiendo largos procesos y procesos sobre temas ya decididos por el Tribunal. Entre estas recomendaciones se resalta reiteradamente la absoluta necesidad de adaptar la legislación interna no solo a la CEDH sino también a los fallos del TEDH.⁶⁶

⁶² Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 120.

⁶³ *Mahmut Kaya v. Turkey* (cit. nota 41), § 94-98. En similar sentido se ha pronunciado el TEDH en el fallo fundamental *Opuz v. Turkey* (cit. nota 49), en que el Tribunal juzga un caso de violencia contra la mujer y se pronuncia sobre la situación vulnerable de la mujer turca: "la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía ha creado un clima conducente a la violencia doméstica" ("*general and discriminatory judicial passivity in Turkey created a climate that was conducive to domestic violence*") (§ 198).

⁶⁴ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 119 ("*By pointing to systemic deficits the Court seeks to manage its increasing case load. It requires ever-increasing measures which go beyond individual remedies by expecting States to review their legislation, rules and regulations, public procedures, and judicial practices in order to prevent future violations*" [traducción de inglés M. L. B.]).

⁶⁵ Cf. Malarino (cit. nota 3), p. 50 y *passim*.

⁶⁶ Recomendaciones del Consejo de Europa adoptadas por el Comité de Ministros el 12 de mayo de 2004, Rec (2004)6.

5. Derechos procesales: los derechos emergidos de las obligaciones procesales del Estado

Las tendencias del Tribunal Europeo en cuanto a su interpretación de los derechos fundamentales sentados en la CEDH pueden revisarse, además, a partir de ciertos derechos procesales centrales en el ámbito penal: el derecho del imputado al debido proceso (artículo 6) y el derecho de la víctima al recurso efectivo (artículo 13). Estos derechos y garantías, según la interpretación que se les dé y, en general, según la metodología interpretativa que se haga de la CEDH, podrían devenir en opuestos el uno del otro.⁶⁷ El Tribunal, sin embargo, hasta ahora ha logrado impedir tales contradicciones.

5.1. Artículo 6 CEDH: derecho a un proceso equitativo (protección de los derechos del ofensor, no de la víctima)

La investigación y la persecución deben realizarse de acuerdo a las normas procedimentales vigentes, que a su vez deben estar en armonía con la CEDH. Esta es una obligación complementaria a la obligación de perseguir: el hacerlo en respeto de los derechos del acusado. El artículo 6 de la CEDH exige un “juicio justo”, lo que se refiere al juicio penal llevado adelante contra un acusado (justo respecto de él), y no al juicio que pudiera ser exigido y esperado por las víctimas. El acento en la función preventiva del sistema penal que antes mencionamos no lleva al Tribunal a afirmar que las víctimas —individualmente consideradas— tengan un derecho protegido por la CEDH a que sus ofensores sean efectivamente perseguidos criminalmente. Es decir, no hay un *derecho a la justicia* protegido por la CEDH.⁶⁸ Esta es una de las temáticas que distancian al TEDH de la Corte IDH, que sí considera que tal derecho existe de acuerdo a la CADH.⁶⁹

⁶⁷ Así como en el ámbito de la Corte Interamericana el derecho del imputado se ve muchas veces en desventaja respecto del derecho (no escrito) de las víctimas a un juicio justo (véase *infra* nota 69 y texto principal).

⁶⁸ *Danini v. Italy*, App. n.º 22998/93, 87 Com EDH Dec. & Rep. 24 (14 de octubre de 1996); *Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Decisión sobre la admisibilidad del 26.10.1999; *Perez v. France*, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004; *Öneryıldız v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁶⁹ Véase al respecto el texto de Malarino (cit. nota 3, p. 46), quien entiende este reconocimiento de derecho de parte de la Corte IDH como una punitivización en la jurisprudencia de la Corte, que es fundamentalmente antiliberal y *contra-conventionen*, ya que “de la mano de este super-derecho 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”.

El TEDH ha dicho que no hay un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”,⁷⁰ es decir, ni el derecho a un juicio justo (que tiene por destinatario al acusado), ni el derecho a la vida pueden tomarse como fuente de aquel.⁷¹ En algunas sentencias expresamente se estipula que la obligación estatal consiste en la investigación (no en la condena),⁷² y se rechaza por lo tanto que se trate de un derecho a la “venganza privada”.⁷³ Debe destacarse, sin embargo, que en la doctrina y la jurisprudencia se advierte cierta tendencia hacia el reconocimiento a la víctima de un derecho a juicio justo, incluso dentro del proceso penal.⁷⁴ El artículo 6.1 CEDH establece que el juicio equitativo debe garantizarse a toda persona en el proceso “que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil”, es decir, también a la víctima dentro del proceso civil. Si se atiende a que este proceso puede ser base para la decisión sobre una reparación justa a la víctima de violaciones de derechos humanos, o que el proceso civil puede haberse adosado al proceso penal (por ejemplo, según los § 403 ss. del Código Procesal Penal alemán), que sí debe respetar el principio de juicio justo —tiempo razonable, derecho a ser oído en juicio, etcétera—, la víctima no quedaría excluida del ámbito de protección de la norma, incluso respecto de los procesos penales.⁷⁵

5.2. Derecho a un recurso efectivo: el artículo 13 CEDH y otras variantes

El artículo 13 de la CEDH reza:

Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional,

⁷⁰ *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *M. C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003, § 201; *Öneryldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 96. Repetidamente ha exigido el TEDH que se provean los medios para llevar adelante una investigación conducente, sin exigir el resultado castigo (véase ya *supra* nota 44).

⁷³ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 70.

⁷⁴ Cf. CPI, *Situation in Uganda*, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112, nm. 27; Stefanie Bock, *Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 441 con más referencias.

⁷⁵ *Perez v. France* (cit. nota 68), § 57; *Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005, § 43-44; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, App. n.º 11296/84, TEDH, fallo 23.10.1990, § 67; *Tomasi v. France*, App. n.º 12850/87, TEDH, fallo 27.8.1992, § 121; *Torri v. Italy*, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997, § 21. Cf. Jens Meyer-Ladewig: *EMRK Handkommentar*, Baden-Baden: Nomos, 3.ª ed., 2011, Art. 6 EMRK nm. 4; Stefanie Bock: “Internationale Perspektiven: Einflüsse des Europarates und der Europäischen Union”, en *Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung* (de próxima aparición), nota 21 ss. con más referencias.

incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

El derecho a un recurso efectivo no exige que ese recurso sea de carácter penal, y tampoco exige que efectivamente el recurso se concrete en una sentencia condenatoria. Así, cuando el TEDH condenó a Turquía por violación del artículo 13 CEDH en *Öneryıldiz*, el argumento no fue que no se impusiera efectivamente una pena, sino que no se llevara a cabo una debida investigación (“recurso efectivo”) que abriera el camino a una eventual reparación civil.⁷⁶

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la protección brindada por el artículo 13 tiene validez exclusivamente en los casos en que haya existido una violación de los derechos y libertades reconocidos por la CEDH, es decir, únicamente en los casos en que la violación de los derechos de la víctima haya sido cometida por el Estado a través de sus agentes —ya que únicamente un Estado puede incumplir los deberes impuestos por este Convenio, que no está destinado a los particulares—. Por este motivo, en el caso *Erikson*⁷⁷ el TEDH exigió la debida investigación de los crímenes no como derivación del derecho al recurso efectivo protegido por el artículo 13 CEDH —que se refiere, como se dijo, fundamentalmente al recurso efectivo frente a abusos del Estado y en el caso en cuestión no podía ser aplicado—, sino como derivación directa de los derechos afectados, en una suerte de *protección retrospectiva*: cada víctima de abusos graves tiene derecho a que se inicie una investigación, ya que de no iniciarse tal investigación la validez de sus derechos estaría en peligro y puesta en cuestión.⁷⁸ De esta manera, la CEDH puede ser aplicable incluso en casos en que el ofensor es una persona privada sin vinculación con el Estado, ya que el derecho al recurso efectivo se deriva de la norma de protección del derecho sustancial presuntamente violado en el caso concreto.⁷⁹ Este paso es algo así como una ampliación del alcance de protección de los derechos sustanciales *ex post facto*: “La investigación es requerida para asegurar retrospectivamente los derechos

⁷⁶ *Öneryıldiz v. Turkey* (cit. nota 42), § 148. Más recientemente *Dink v. Turkey* (cit. nota 47), § 144. Cf. también Naomi Roht-Arriaza: “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 s.

⁷⁷ *Erikson v. Italy* (cit. nota 68). Véase ya con anterioridad *Kaya v. Turkey*, TEDH App. n.º 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998, § 78.

⁷⁸ Cf. Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 126 ss.

⁷⁹ *X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27. 2.1985, § 22-23; *Kaya v. Turkey* (cit. nota 77), § 86.

sustantivos de la víctima, lo que se parece más a un remedio”.⁸⁰ El derecho a la vida, el derecho a la libertad, etcétera, devienen mediante esta interpretación en derechos a la protección procesal.

Esta interpretación extensiva respecto de los derechos establecidos en la CEDH es objeto de diversas críticas. El argumento principal radica en que el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado: Si no se puede establecer la responsabilidad del Estado respecto de un homicidio, se puede establecer subsidiariamente la responsabilidad del Estado por no llevar a cabo las investigaciones requeridas para determinar quién ha infringido la prohibición del homicidio.⁸¹ Indirectamente entonces el TEDH establece la violación del artículo 2 por el Estado por incumplir las obligaciones procesales emanadas de este. En esta interpretación extensiva de los derechos sustanciales algunos autores ven cierta similitud entre el TEDH y la jurisprudencia que la Corte IDH ha sentado a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, en que se considera violado el derecho a la vida por la falta de investigación de los hechos y de castigo de los ofensores luego de la desaparición de la víctima.⁸² Creemos que tal asimilación de ambas jurisprudencias no es del todo correcta. Los derechos de la víctima tal como son interpretados por el TEDH no “neutralizan” los derechos del propio imputado, como sí sucede en muchos casos de la Corte IDH.⁸³ Si bien el TEDH amplía considerablemente el alcance de los derechos sustanciales y la protección procesal, esta extensión no va en perjuicio de los derechos del acusado, sino que tiene por fin primordial establecer obligaciones al Estado en cuestión.

⁸⁰ Seibert-Fohr (cit. nota 41), pp. 128-129 (“*Investigation is required to secure retrospectively the substantive rights of the victim, which is more akin to a remedy*”).

⁸¹ Seibert-Fohr (cit. nota 41), p. 129.

⁸² Cf. Caso *Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998, § 148. Un análisis crítico del caso ofrece Roht-Arriaza (cit. nota 76), pp. 467 ss., 472, quien entiende que la Corte IDH deja varias preguntas sin respuesta, entre las cuales destaca la cuestión relativa a si un solo (presunto) caso de desaparición (forzada) puede ser suficiente para exigir al Estado la movilización de sus recursos investigativos y sancionatorios a fin de evitar la violación del derecho a la vida, o si en cambio es necesaria la existencia de un cuadro de “práctica administrativa” de desapariciones forzadas (p. 473); por otra parte, la amplitud de la Corte IDH al evaluar la violación del derecho a la vida resultaría incongruente —otra crítica esbozada por la autora— con la estrechez del remedio exigido por la Corte IDH, que se reduce al resarcimiento monetario (p. 474).

⁸³ Cf. *supra* nota 69.

6. En contra de la tesis de la *timidez*

Incluso cuando se trata de la investigación de graves violaciones de derechos humanos, los derechos del acusado permanecen (generalmente) incólumes. Esta interpretación estricta del TEDH le ha valido numerosas críticas, ya que tales concesiones son vistas por algunos autores incluso como una vía a la impunidad.⁸⁴ Si esto fuese así, el calificativo de tímido (¿o tal vez *cauto*?) podría ser aplicado al TEDH, como sugería Von Bogdandy.

Sin embargo, si se observan sentencias del TEDH respecto de los casos de criminalidad sistemática más severos (aquellos que por otra parte se concentran en pocos países, que a su vez enfrentan la mayoría de los casos tratados ante la Corte),⁸⁵ la tendencia al momento de interpretar principios fundamentales del proceso penal y la injerencia del Tribunal en la política criminal de los Estados partes parece no diferir en demasía de la modalidad de la Corte en América Latina.⁸⁶ En el caso *Kononov* la Cámara III consideró que una sentencia de Letonia que condenó por la comisión de crímenes de guerra a un excomandante letón de una sección militar del ejército soviético, quien

⁸⁴ Así por ejemplo lo pone explícitamente de manifiesto el trabajo de Sonja C. Grover que investiga la acción del TEDH respecto de crímenes internacionales y que se titula *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, Heidelberg et al.: Springer, 2010.

⁸⁵ Al 31 de diciembre de 2010 casi el 60 % de los procesos pendientes ante el TEDH está concentrado en solo cuatro países demandados —que se cuentan precisamente entre aquellos que tienen las causas más graves estudiadas por el Tribunal—: Rusia 28,9 % de los procesos en trámite, Turquía 10,9 %, Rumania 8,6 % y Ucrania 7,5 % (*Council of Europe Annual Report 2010*, cit., nota 4, p. 127). Sobre la similitud entre los casos contra Turquía y los casos llevados ante la Corte IDH véase Aldana Pindell: "An Emerging Universality of Justiciable Victim's Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes", en *Human Rights Quarterly* 26 (2004), pp. 605-686, p. 635 ("grandes violaciones de derechos humanos", que incluyen "ejecuciones extrajudiciales, desapariciones forzadas, tortura u otro tipo de tratos inhumanos, o el saqueo de casas y cultivos sospechosos de ser adeptos al PKK" ["*gross human rights violations*"]; "included extrajudicial executions, forced disappearances, torture or other inhumane treatment, or the pillage of homes and crops of villagers believed to support the PKK").

⁸⁶ Véase en este sentido Pindell (cit. nota 85), aquí p. 665 ss., quien da el ejemplo de sentencias dictadas contra Inglaterra por graves violaciones de los derechos humanos, y donde se ha ampliado el ámbito de protección respecto de los derechos de las víctimas sobrevivientes (y sus allegados) obligándose al Estado a justificar los casos en que la persecución de los presuntos autores de los crímenes no fue exhaustiva ni con la debida participación de víctimas y allegados; la autora precisamente hace referencia a que en estos casos el TEDH ha avanzado en forma similar a como lo ha hecho en casos de violación grave de derechos humanos, por ejemplo, respecto del Estado turco ("Como en los casos turcos, estos casos también han estado relacionados con graves violaciones del uso desproporcionado de la fuerza letal o el maltrato de supuestos terroristas o criminales por parte de los agentes policiales estatales" ["*Like the Turkish cases, these cases have also involved grave violations of the disproportionate use of lethal force or the mistreatment of alleged terrorists or criminals by state law enforcement agents*"], p. 666). Los casos mencionados son *McKerr v. the United Kingdom*, n.º 28883/95, fallo 4.5.01; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.01; *Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96, fallo 4.5.01; *Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.01.

había recibido en febrero de 1944 la misión de atacar a un grupo de aldeanos letones (en territorio letón) por ser presuntos colaboradores del ejército nazi, era violatoria del artículo 7 CEDH, dado que al momento de la comisión de los hechos no existía normativa internacional vinculante que los prohibiera ni era previsible para Kononov que pudiera ser perseguido criminalmente por tales hechos.⁸⁷ En su reciente fallo la Gran Cámara decidió que tal condena no implicaba violación del artículo 7 dado que al momento de la comisión de los hechos existía “suficiente normativa y costumbre internacional” que afirmaban la responsabilidad criminal por tales actos.⁸⁸ La Gran Cámara no recurrió al artículo 7.2 CEDH para fundar su decisión, lo cual en algún punto tiñe de cierta *audacia* su decisión.⁸⁹

7. Conclusiones

Si bien la CEDH resulta relativamente vinculante mediante la interpretación que el TEDH haga de ella y del efecto orientador que tal jurisprudencia tiene en los órdenes nacionales, no es vinculante por su rango, ya que en varios países no tiene rango constitucional, ni la jurisprudencia del TEDH es intrusiva, ya que solo establece violaciones pero no define ni impone los medios para evitarlas. Por otra parte, si bien la jurisprudencia del Tribunal es dinámica, no avanza en su interpretación de los derechos fundamentales ni en la imposición de su cumplimiento en forma “antidemocrática” ni “nacionalizante”, como se ha sostenido respecto de la Corte IDH.⁹⁰ En el ámbito del derecho (penal) internacional, tal como es sostenido y entendido por los *internacionalistas* (y no por los *penalistas*), incluso la postura cauta del TEDH es vista como demasiado

⁸⁷ *Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.

⁸⁸ *Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010, § 237; véanse también § 227, 234 ss., 243. El voto disidente entendió en cambio que sí se violaba el principio de irretroactividad de la ley y que la ulterior persecución penal no había sido previsible para *Kononov* (véase § 22, 23 del voto disidente). Véase también la decisión de inadmisión del caso *Kolk/Kislyiy v. Estonia*, del 17.1.2006, accesible en <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=Kislyiy&sessionid=61433880&skin=hu doc-en>> (traducida al español en <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>). Para un análisis crítico de estas decisiones pretendidamente “excepcionales” del TEDH véase Alicia Gil Gil: “La excepción al principio de legalidad del n. 2 del artículo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en este mismo volumen.

⁸⁹ Artículo 7.2. CEDH: “El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”. Véase sobre esta *no* aplicación Gil Gil (cit. nota 88).

⁹⁰ Cf. Malarino (cit. nota 3, *passim*).

intrusiva. En el ámbito del derecho internacional incluso la mera condena de un Estado, aun en abstracto, es generalmente entendida como violatoria de la soberanía nacional. Desde este punto de vista, el TEDH resulta sostener una postura intermedia, entre la muy intrusiva de la Corte IDH y la no intrusiva del derecho internacional.

Respecto de los derechos materiales y procesales analizados, cabe destacar que tanto al establecer los alcances del derecho a la vida, como al definir las pautas procesales que deben respetarse al perseguir violaciones de ese derecho, el Tribunal se ha mostrado recatado en cuanto a las imposiciones hechas a las partes (nuevamente diferenciándose en este punto de la Corte IDH). Este mayor *restraint* debe leerse como producto del contexto socio-histórico-político de los procesos llevados y juzgados por el Tribunal. Los casos mayoritariamente traídos ante el TEDH están relacionados con *individuos particulares* que ven violados sus derechos por el Estado durante un proceso penal, o al requerir la debida atención como víctimas de un delito, etcétera. El alcance de las sentencias va directamente al caso particular, aunque tiene efecto orientador a nivel general para la ulterior jurisprudencia y legislación nacional, así como para actuales “casos paralelos”; su efecto inmediato, sin embargo, no trasciende de la esfera de aquellos individuos directamente. En un gran número de las sentencias de la Corte Interamericana, por el contrario, se trata mayoritariamente de casos en que no solo individuos particulares, sino también la *sociedad* misma, se ven o se han visto afectados por la violación sistemática de derechos humanos por regímenes no democráticos.⁹¹ Cada sentencia de la Corte IDH, por lo tanto, tiene inmediato efecto no solo en las partes involucradas, sino también una clara fuerza simbólica en el colectivo. El campo social e histórico, e incluso la repercusión política son bien distintos en uno y otro terreno. De hecho, incluso quienes realzan el rol positivo del TEDH en Europa lamentan su “palmaria incapacidad de concluir procesos relativos a violaciones masivas de derechos humanos”;⁹² precisamente estos son los procesos que llenan la tarea de la Corte IDH, la cual de forma paulatina va resolviendo precisamente este tipo de causas.

⁹¹ Conc. Pindell (cit. nota 86), p. 623 (“Dada la historia de gobiernos represivos y malestar social en gran parte de las Américas, los casos procesados ante la Corte IDH generalmente han involucrado la comisión estatal de, o la aquiescencia estatal en, actos de tortura, ejecuciones extrajudiciales, masacres, y desapariciones forzadas por las cuales nadie ha sido sancionado” [“Given the history of repressive governments and civil unrest in much of the Americas, the cases filed with the Inter-American Court generally have involved states’ commission of, or acquiescence in, acts of torture, extrajudicial executions, massacres, and forced disappearances for which no one has been punished”]).

⁹² Wolfram Karl: “Zur Bedeutung des EGMR im europäischen Rechtsgefüge”, en Rüdiger Wolfrum y Philip Czech (comps.): *The European Court of Human Rights overwhelmed by applications: problems and possible solutions: international workshop, Heidelberg, December 17-18, 2007*, Berlin et al.: Springer, 2009, pp. 13-16, p. 14.

El Tribunal Europeo se muestra menos *activista* al juzgar presuntas violaciones de derechos humanos más *sofisticadas*,⁹³ en que se ven afectadas la intimidad o la libertad de expresión, y el Estado actúa —no obstante la concreta queja— en forma relativamente cauta. El TEDH parece responder cautamente a los reclamos de los ciudadanos y procura no inmiscuirse en extremo en los órdenes internos a fin de no afectar las soberanías nacionales. Pero este mismo TEDH se muestra *activista*, no obstante, al momento de juzgar casos que por su escala y/o violencia y/o sistematización tienen características similares a los casos juzgados por la Corte IDH. En estos procesos, las diferencias en la forma interpretativa de la Convención respectiva parecen relativizarse. La Corte Interamericana se caracteriza por su *activismo judicial*, lo cual podría llamarse *audacia* si tal *activismo* se enfrentase a resistencias de los Estados —los cuales, por el contrario, celebran su forma de actuar—. *Judicial restraint* al momento de juzgar violaciones prolongadas y sistemáticas de derechos humanos de grandes sectores de la población podría ser visto como tibieza y falta de compromiso con el juzgamiento histórico de los crímenes de Estado.

Un tribunal de derechos humanos puede —y debe, tal vez?— actuar en forma audaz si amplía el ámbito de protección de los individuos mediante interpretaciones pro individuo, y contra el poder estatal, ya que sus decisiones no acarrear consecuencias inmediatas a individuos juzgados —puesto que los Estados, no los individuos, se encuentran en proceso— ni están restringidas por los principios reconocidos (en el mundo occidental) del derecho penal —dado que no se trata de procesos penales, sino de procesos propios del derecho internacional, que tienen precisamente por fin la limitación del poder estatal en favor del respeto de los derechos individuales.⁹⁴

⁹³ Término utilizado por la jueza Sylvia Steiner del Tribunal Penal Internacional en la reunión que mantuvo el Grupo de Estudios sobre Cuestiones del Derecho Penal Internacional el 3 de diciembre de 2010, en la sede de dicho Tribunal.

⁹⁴ Un tribunal penal —también el internacional—, en cambio, de ninguna manera tiene permitido mostrar *activismo* o *audacia*. Debe aplicar el derecho en respeto de los principios del derecho penal, y evitar repetir abusos de poder propios de los sistemas estatales a los que —indirectamente a través de sus agentes— se está juzgando.

Fallos citados

- Almonacid Arellano et al. contra Chile*, Corte IDH, serie C, n.º 154, fallo 26.9.2006.
- Angelova v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 38361/97, fallo 13.6.2002.
- Antunes Rocha v. Portugal*, TEDH App. n.º 64330/01, fallo 31.5.2005.
- Bazorkina v. Russia*, TEDH App. n.º 69481/01, fallo 27.7.2006.
- Belolis v. Switzerland*, TEDH n.º 20/1986/167, fallo 29.4.1988.
- Bozzazzi v. Italy*, TEDH App. n.º 34884/97, fallo 28.7.1999.
- Calvelli and Ciglio v. Italy*, TEDH App. n.º 32967/96, fallo 17.1.2002.
- Campbell et al. v. the United Kingdom*, TEDH n.º 5/1980/36/53-54, fallo 22.3.1983.
- Caso Velásquez Rodríguez*, Corte IDH, serie C, n.º 4, fallo 29.7.1998.
- Cesim Yildirim et ál. V. Turkey*, TEDH App. n.º 20109/03, fallo 17.6.2008.
- Chapman v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 27238/95, fallo 18.1.2001.
- Christine Goodwin v. the United Kingdom*, TEDH (Gran Cámara) n.º 28957/95, fallo 11.7.2002.
- Demicoli v. Malta*, TEDH n.º 33/1980/224/288, fallo 27.8.1991.
- Dink v. Turkey*, TEDH App. Nos. 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 y 7124/09, fallo 14.9.2010.
- Erikson v. Italy*, TEDH App. n.º 37900/97, Dec. sobre admisib. 26.10.1999.
- Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) contra Brasil*, Corte IDH, serie C, n.º 219, fallo 24.11.2010.
- Gongadze v. Ukraine*, TEDH App. n.º 34056/02, fallo 8.11.2005.
- Hugh Jordan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 24746/94, fallo 4.5.2001.
- Ireland v. United Kingdom*, TEDH, fallo 18.1.1978.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.1998.
- Kaya v. Turkey*, TEDH App. Nos. 158/1996/777/978, fallo 19.2.998.
- Keenan v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 27229/95, fallo 3.4.2001.
- Kelly and Others v. the United Kingdom*, TEDH n.º 30054/96; fallo 4.5.2001.
- Kiliç v. Turkey*, TEDH App. n.º 22492/93, fallo 28.3.2000.
- Kononov v. Latvia*, TEDH (Gran Cámara) n.º 36736/04, fallo 17.5.2010.
- Kononov v. Latvia*, TEDH App. n.º 36736/04, fallo 24.7.2008.
- Loizidou v. Turkey*, TEDH, serie A, n.º 310, fallo 23.3.1995.
- M. v. Germany*, TEDH App. n.º 19359/04, fallo 17.12.2009.
- M.C. v. Bulgaria*, TEDH App. n.º 39272/98, fallo 4.12.2003.

- Mahmut Kaya v. Turkey*, TEDH App. n.º 22535/93, 2000-III, fallo 28.3.2000.
- Mamatkouloulov and Abdurasulovic v. Turkey*, TEDH Nos. 46827/99 y 46951/99 (Sect. 1), fallo 6.2.2003.
- Mastromatteo v. Italy*, TEDH App. n.º 37703/97, fallo 24.10.2002.
- McKerr v. the United Kingdom*, TEDH n.º 28883/95, fallo 4.5.2001.
- Moreira de Azevedo v. Portugal*, TEDH App. n.º 11296/84, fallo 23.10.1990.
- Nadrosov v. Russia*, TEDH App. n.º 9297/02, fallo 31.7.2008.
- Öneryildiz v. Turkey*, TEDH App. n.º 48939, fallo 30.11.2004.
- Opuz v. Turkey*, TEDH App. n.º 33401/02, fallo 9.6.2009.
- Osman v. the United Kingdom*, TEDH 1998-VIII 3159, fallo 28.10.1998.
- Paul and Audrey Edwards v. United Kingdom*, TEDH App. n.º 46477/99, fallo 14.3.2002.
- Perez v. France*, TEDH App. n.º 47287/99, fallo 12.2.2004.
- Ramsahai and Others v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 52391/99, fallo 15.5.2007.
- Selmouni v. France*, TEDH (Gran Cámara) n.º 25803/94, fallo 28.7.1999.
- Shanaghan v. the United Kingdom*, TEDH n.º 37715/97, fallo 4.5.2001.
- Situation in Uganda*, CPI, Decision on the Prosecution's Application for Leave to Appeal the Decision on Victims' Applications for Participation a/0010/06, a/0064/06 hasta a/0070/06, a/0081/06 hasta a/0104/06 y a/0111/06 hasta a/0127/06 del 19.12.2007, Sala de Cuestiones Preliminares II, ICC-02/04-112
- Somogyi v. Italy*, TEDH App. n.º 67972/01, fallo 18.5.2004.
- Tomasi v. France*, TEDH App. n.º 12850/87, fallo 27.8.1992.
- Torri v. Italy*, TEDH App. n.º 26433/95, fallo 1.7.1997.
- Tribunal Constitucional contra Perú*, Corte IDH, fallo (competencia) 24.9.1999.
- Tyrer v. the United Kingdom*, TEDH n.º 26, fallo 25.4.1978.
- Von Hannover v. Germany*, TEDH n.º 59320/00, 2004-VI, fallo 24.6.2004.
- X. and Y. v. The Netherlands*, TEDH App. n.º 16/1983/72/110, 91, fallo 27.2.1985.
- Zwierzynski v. Poland*, TEDH App. n.º 34049/96, fallo 19.6.2001.

DESPLAZAMIENTO FORZADO, SISTEMA INTERAMERICANO Y DERECHO PENAL INTERNO HACIA UNA CONFLUENCIA RACIONAL Y CONSISTENTE DE DIVERSOS ÁMBITOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Alejandro Aponte Cardona

RESUMEN. El sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado una jurisprudencia muy interesante para dar cuenta de hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno, a pesar de que la Convención Americana no contiene expresamente una norma que se refiera a este fenómeno. Lo ha hecho de manera indirecta, a partir de normas que establecen derechos que son vulnerados por este fenómeno complejo. En el ámbito interno, a su vez, esta jurisprudencia alimenta el debate constitucional y penal respecto de la protección al desplazado y de la sanción de un delito que constituye hoy crimen internacional, sea como delito de lesa humanidad o como crimen de guerra. No obstante, sucede en la práctica una confusión entre estos tres diferentes ámbitos de protección, de modo que el derecho penal se ve disfuncionalizado y negado en sus principios, obligado a dar respuestas que lo sobrepasan y exceden, frente a un delito pluriofensivo que merece respuestas institucionales en las que se armonicen la política social y la política criminal. El trabajo se acompaña de una excursión donde se abordan temas especialmente problemáticos en la dogmática que determina este delito de ejecución permanente.

Palabras clave: desplazamiento forzado, jurisprudencia, protección de los derechos humanos, derecho internacional de los derechos humanos, proceso penal.

ZUSAMMENFASSUNG. Das interamerikanische Menschenrechtssystem hat eine sehr interessante Rechtsprechung zu Vorgängen entwickelt, die Zwangsumsiedlungen in einem Land darstellen, obwohl die amerikanische Konvention keine ausdrückliche Vorschrift enthält, die dieses Phänomen zum Gegenstand hat. Der Bezug wird indirekt über Normen hergestellt, in denen Rechte definiert werden, die durch das genannte

vielschichtige Phänomen verletzt werden. Intern leistet die Rechtsprechung einen Beitrag zur verfassungs- und strafrechtlichen Debatte über den Schutz von Zwangsumgesiedelten und die Verfolgung einer Straftat, die heute ein Verbrechen gegen das Völkerrecht darstellt, sei es als Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder als Kriegsverbrechen. In der Praxis ergeben sich jedoch Verwechslungen zwischen den drei genannten Schutzbereichen, wodurch die Funktion des Strafrechts beeinträchtigt und seine Grundlagen in Frage gestellt werden, wenn es angesichts einer plurioffensiven Straftat, die institutioneller Antworten mit einer aufeinander abgestimmten Sozial- und Kriminalpolitik bedürften, dazu verpflichtet ist, Antworten zu geben, die über seinen Zuständigkeitsbereich hinausgehen und es überfordern. Die Arbeit enthält einen Exkurs zu einigen Themen, die hinsichtlich der diese fortgesetzte Straftat definierenden Dogmatik besonders problematisch sind.

Schlagwörter: Zwangsumsiedlung, Rechtsprechung, Menschenrechtsschutz, internationales Recht der Menschenrechte, Strafprozess.

ABSTRACT. The Inter-American human rights system has developed very interesting case law to deal with cases of forced internal displacement, despite the fact that the American Convention has no specific rule on this issue. It has used an indirect approach, based on the rules that establish rights which are infringed by this complex phenomenon. At the domestic level this case law fuels the debate about the protection afforded by the constitutional and criminal systems to displaced persons and the punishment of an offense which is currently an international crime – a crime against humanity or a war crime. Nevertheless, in practice there is some confusion about the three different levels of protection, so criminal law is forced to alter its function and deny its principles in order to respond to issues that go beyond its role. This is a multiple offense crime which requires institutional answers that combine social and criminal policies. The paper has an appendix about especially difficult topics with regard to the doctrinal principles at stake in this permanent crime.

Keywords: forced displacement, case law, human rights protection, international human rights law, criminal procedure.

1 • Introducción

Existe una especie de trípode hoy, en cuanto hace referencia a la protección nacional e internacional de derechos humanos, el cual se encuentra conformado, en América Latina, por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el sistema constitucional de protección de los derechos humanos y el sistema penal de protección de los derechos humanos —que se concreta en ámbitos como el de la persecución penal nacional de crímenes internacionales—. Este último, por su naturaleza penal, es restringido y restrictivo por excelencia; está determinado, en cuanto sistema penal, por los principios que lo rigen y lo condicionan. Con el derecho penal no se promueven conductas, se reacciona ante la violación de normas que tipifican conductas; no constituye un sistema de promoción de valores ni de derechos: es un sistema de contramotivación de conductas, de reacción sancionatoria ante el desconocimiento de las normas.

Por esa razón, lo primero que se impone frente a las políticas públicas de protección y promoción de derechos humanos es la diferencia consistente y racional de los distintos ámbitos de protección. Así, teniendo en cuenta la existencia de dicho trípode, se deben establecer puentes que comuniquen los ámbitos de protección, sin por ello mezclarlos o confundirlos, disfuncionalmente. No obstante, lo que parece suceder en diversos países de América Latina es que al sistema penal se lo carga con tareas que no le corresponden, que lo agobian y lo hacen disfuncional, lo que produce reacciones y decepciones sociales que le restan legitimidad. De esta forma, en lo que concierne a la persecución penal de crímenes internacionales, tema que ocupa permanentemente al Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en el contexto más amplio de la protección penal de derechos humanos —concepto que, desde luego, no es pacífico, justamente por las impropiedades que puede generar—, existen tendencias a llevar a cabo dicha persecución, violando el carácter restrictivo y acotado del derecho penal, en función de la investigación y sanción, loable y necesaria, de graves violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario (DIH).

En el centro de esta confusión se puede encontrar la tarea estatal de persecución penal del delito de desplazamiento forzado, tema del cual se ocupará el presente trabajo. Se trata de un verdadero drama del siglo XX y XXI, particularmente en países que, como Colombia o incluso el Perú y algunos países centroamericanos, han soportado, y en el primero soportan aún con rigor, situaciones propias de guerra o conflictos

armados internos con grupos irregulares. Pero también el desplazamiento forzado es un gran ejemplo de cómo puede funcionar la complementariedad de los sistemas de protección, cada uno, como se ha insistido, desde su propia perspectiva y ámbito de aplicación. Así, en el presente trabajo se adelanta un estudio de cómo ha sido abordado por el sistema interamericano de derechos humanos el desplazamiento forzado, de los orígenes de las decisiones y los contextos en los cuales ellas tienen lugar, al mismo tiempo que se adelanta un estudio del delito en sí, de sus aspectos penales fundamentales como crimen internacional y de las tensiones que se generan, en detrimento del derecho penal, cuando se mezclan y confunden disfuncionalmente los ámbitos de protección al impulsar la persecución penal nacional del crimen comentado. (Este apartado se presenta a manera de excurso. Se hará referencia general a decisiones del sistema interamericano, es decir, relacionadas con diversos países, para luego, en el estudio propiamente penal, hacer mayor énfasis en el caso colombiano, el cual ilustra muy bien las dificultades en la práctica diaria de persecución penal de un delito de estas características.)

2. El desplazamiento forzado en el sistema interamericano de derechos humanos

Las violaciones a los derechos humanos que se generan a partir de un desplazamiento forzado han sido objeto de varios debates dentro del sistema interamericano de derechos humanos. De esta manera, aun cuando la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), base de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), no hace mención expresa al desplazamiento forzado interno, los órganos del sistema han sido activos al manifestarse sobre esta situación.

A continuación se hará referencia a los informes anuales y peticiones individuales en los cuales la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia al desplazamiento forzado, para luego hacer lo propio con los casos que ha fallado la Corte IDH en este sentido. Los argumentos de estos órganos van dirigidos a recalcar que el desplazamiento forzado entraña diversos y simultáneos tipos de violaciones a los

derechos humanos protegidos por la CADH, particularmente cuando dichos desplazamientos tienen lugar en situaciones de conflicto armado interno.¹

2.1. Informes anuales y temáticos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre desplazamiento forzado

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos rinde informes anuales ante la Asamblea General de la OEA, al tiempo que prepara estudios e informes temáticos, los cuales usualmente tratan sobre la situación de los derechos humanos en un Estado. Igualmente, este órgano estudia y tramita las peticiones individuales que le sean presentadas sobre presuntas violaciones a los derechos humanos consagrados en la CADH y otros instrumentos aplicables, y señala —agotado el trámite de admisibilidad y si el caso lo amerita— la consecuente violación de los derechos humanos por un Estado. Así, dichos informes y peticiones han sido la base para poner de manifiesto ante el sistema interamericano de derechos humanos situaciones de desplazamiento forzado interno que implican violaciones a derechos humanos consagrados en la CADH.

Respecto de los informes anuales, es relevante resaltar que la Comisión Interamericana se refirió por primera vez a hechos constitutivos de desplazamiento forzado en octubre de 1981, a través del *Informe anual 1980-1981*, donde estableció que el desplazamiento forzado era un nuevo fenómeno a propósito del cual se debían tomar medidas para dar mayor vigencia a los derechos humanos.² Este *Informe*, además de constituir el precedente principal para que el desplazamiento forzado interno y sus consecuencias adquiriesen relevancia ante el SIDH, tiene particular importancia en el horizonte de la necesaria confluencia —mas no confusión— de ámbitos de protección de protección de derechos humanos en contextos de conflicto armado. Ello por cuanto, en el entender de la Comisión, el desplazamiento forzado interno, que en aquella época comenzaba a adquirir gran magnitud, era un efecto secundario de la violencia.³ A su vez,

¹ Como se ve, esta conclusión nos remite inmediatamente al tema que el autor abordó en la reunión anterior del Grupo de Estudios latinoamericano, en Buenos Aires en el año 2009, a propósito de cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dictado sentencias contra Estados por violaciones a normas de derecho internacional humanitario sin tener competencia en principio, ya que la Convención Americana no contiene normas humanitarias. Véase Alejandro Aponte: "El sistema interamericano de derechos humanos y el derecho internacional humanitario: una relación problemática", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad, 2010, pp. 125-170.

² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1980-1981*, octubre de 1981.

³ *Ibidem*.

en ese informe la Comisión exhortó a los Estados a brindar asistencia y protección a las personas víctimas del desplazamiento, lo que reiteró en los informes anuales de 1981-1982 y 1983-1984.

Más adelante, en el *Informe anual 1984-1985*, la Comisión se pronunció a fondo sobre el tema objeto de estudio, tras analizar los desplazamientos humanos en la región.⁴ Sin embargo, en dicho *Informe*, así como en los dos antes referidos, la Comisión centró su atención en el problema del refugio de personas en otros países. A partir de lo expresado, han sido varios los informes anuales de este órgano que han hecho referencia al desplazamiento forzado interno, haciendo patente que dicho fenómeno implica la vulneración de varios derechos humanos consagrados en la CADH.⁵

Es pertinente destacar el *Informe anual 2009*, en el cual la Comisión hizo alusión al desplazamiento forzado que afecta a la población civil en Colombia recordando pronunciamientos que, en el ámbito interno, la Corte Constitucional colombiana ha efectuado sobre el desplazamiento forzado. En este sentido, la Comisión indicó:

La Corte Constitucional de Colombia examina en forma periódica la situación de la población desplazada en el marco del conflicto armado. Mediante sentencia T-025 de 2004 declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional por efecto del desplazamiento forzado y ordenó que las políticas públicas protejan efectivamente los derechos de las personas desplazadas y superen el estado de cosas inconstitucional. Estas directrices han sido progresivamente precisadas por la Corte Constitucional en sucesivos autos de seguimiento. En 2009 la Corte Constitucional profirió los Autos 004 sobre desplazamiento de pueblos indígenas; 005 sobre desplazamiento de la población afrodescendiente; 007 sobre coordinación de políticas públicas de atención a la población desplazada por parte de las entidades territoriales; 008 sobre el mantenimiento del estado de cosas inconstitucional respecto de la población desplazada; 009 sobre el homicidio de un familiar de una líder de la Liga de Mujeres Desplazadas; 011 sobre el sistema de información y registro de la población desplazada; y 222 sobre la adopción de medidas cautelares urgentes para la protección de los derechos fundamentales de la población afrodescendiente de Caracolí perteneciente al Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Curvaradó.⁶

⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 1984-1985*, octubre de 1985.

⁵ Por ejemplo, el *Informe anual* de la CIDH de 1998, donde formula recomendaciones a los Estados para que acojan, respeten e implementen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. Marco Alberto Velásquez Ruiz: *El fenómeno del desplazamiento forzado interno desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos*, monografía para optar por diploma de especialista, XXXIV Curso de Derecho Internacional "Aspectos jurídicos del desarrollo regional", Organización de Estados Americanos, Río de Janeiro, 2008.

⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual 2009*, diciembre de 2009, § 86.

De igual forma, la Comisión señaló que continuaría “dando seguimiento a las medidas que se adopten a fin de atender la situación de la población desplazada y el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Constitucional en los plazos por ella estipulados”.⁷ En este sentido, el tratamiento dado por la Comisión Interamericana al desplazamiento forzado, particularmente en Colombia, pone de manifiesto la confluencia de diversos ámbitos de protección de derechos humanos al tomar medidas para reparar este problema. Así, como se ve, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos hizo referencia a la Corte Constitucional colombiana al evaluar el tratamiento que en el ámbito interno ha tenido el desplazamiento forzado, pero, a su vez, la propia Corte Constitucional hizo alusión a recomendaciones efectuadas por la Comisión en materia de desplazamiento forzado en la sentencia T-025 de 2004, particularmente en relación con los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno como documento útil al interpretar las normas en materia de desplazamiento forzado. En esa oportunidad indicó:⁸

Diversos organismos e instancias internacionales han recomendado la aplicación de estos principios por parte de las diversas autoridades de los Estados en los que se presente el problema del desplazamiento interno forzado, tales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de la Organización de Naciones Unidas, el Secretario General de la Organización de Naciones Unidas, la Organización de la Unión Africana, la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, la Organización del Commonwealth y diversos gobiernos.⁹

⁷ *Ibidem*, § 89.

⁸ Para mayor información sobre el valor que en el ámbito interno tienen los Principios Rectores del Desplazamiento Interno, se recomienda ver el libro del autor, titulado: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional*, publicado en la colección de profesores de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá y la Fundación Konrad Adenauer en enero de 2011, pp. 104 ss.

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 del 2004, MP: Manuel José Cepeda Espinoza, nota al pie número 22. En esta sentencia, como señaló la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el *Informe* antes citado, la Corte Constitucional colombiana declaró que existía un “estado de cosas inconstitucional” en materia de desplazamiento forzado en Colombia. Para la Corte, dicho estado se declara si se constata la existencia de los siguientes requisitos: 1) una vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, que afecta a un número significativo de personas; 2) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; 3) la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; 4) la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; 5) la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante, y vi) si todas las personas afectadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

Nótese cómo ambos órganos, el interno y el internacional, se citan mutuamente con el propósito de establecer el tratamiento que uno y otro le han dado al fenómeno del desplazamiento forzado interno. Esto en un principio es correcto, siempre y cuando ambos ámbitos de protección respeten sus límites propios y no se confundan ni se mezclen con el sistema penal de protección de derechos humanos, como se recalcará en la próxima sección.

Por otra parte, en paralelo a los informes anuales referidos, la Comisión ha elaborado tres informes temáticos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, los cuales han hecho referencia al desplazamiento forzado interno. El primero de estos data de 1981 y alude al desplazamiento que Colombia para esas épocas comenzó a padecer.¹⁰ Es pertinente resaltar que en ese informe la Comisión señaló al gobierno colombiano como uno de los actores causantes del desplazamiento forzado en el país, así como a los campesinos y a los indígenas como sujetos en especial peligro de sufrir desplazamiento forzado. Luego, en 1993, la Comisión volvió a pronunciarse sobre la situación de los derechos humanos en Colombia e hizo referencia al desplazamiento interno como una consecuencia de la violencia que el país padecía.¹¹ Por otra parte, en este último informe destaca la falta de atención que para 1993 recibía el desplazamiento en Colombia, a pesar de que 10 años antes la Comisión ya había exhortado al Estado a ocuparse del asunto. Por último, en 1999 la Comisión elaboró un nuevo informe sobre el Estado colombiano, muy detallado sobre el desplazamiento interno, en el cual expresó que este era uno de los aspectos más graves de la situación de los derechos humanos en general en Colombia.¹²

2.2. La presión internacional y el inicio de políticas públicas en materia de desplazamiento forzado

La presión internacional que para un Estado implica que se haga notorio un fenómeno de magnitudes tales como las que tiene el desplazamiento forzado en Colombia ha sido útil para que en el ámbito interno se tomen medidas sobre el fenómeno. Para explicar esta situación es menester hacer referencia, así sea brevemente, a los orígenes de

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1981.

¹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1993.

¹² Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República de Colombia* de 1999.

la preocupación internacional por el tema y al impacto concreto que ello tuvo en el país. Hay que aclarar, no obstante, que el desplazado, como víctima del conflicto armado y los violentos procesos de apropiación de la tierra en Colombia, solo existió como tal para el Estado colombiano desde 1995. Antes era invisible para la política social estatal.¹³ Fue tomado en cuenta por primera vez con la denominada “política para migraciones por razones económicas” del gobierno de Barco Vargas (1986-1990) o, como se verá, se lo asimiló al damnificado por desastres naturales en el gobierno de Gaviria Trujillo (1990-1994).¹⁴ ¿Qué cambio se produjo para que el desplazado adquiriera un papel visible en la política pública colombiana y causara que el Estado comenzara a emprender esfuerzos para recuperar y garantizar sus violados derechos?

Varios factores confluyeron en el proceso de hacer visible esa realidad que padecían millones de colombianos pero ante la cual la sociedad era indiferente; algunos de ellos serán reseñados a continuación. Valga establecer en primer término que el fin de la Guerra Fría no solo evidenció la complejidad del problema de los desplazados internos en varios lugares del mundo, sino también sus dimensiones políticas, sociales, económicas, psicológicas y jurídicas. Esta situación comenzó a preocupar a la comunidad internacional y, en relación con ello, la evaluación de la problemática de los desplazados en Colombia fue llevada a cabo por el representante del secretario general de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados, Francis M. Deng.¹⁵

La visita de este diplomático a Colombia, entre el 10 y el 18 de junio de 1994, permitió elaborar un reporte en el que se hacía un recuento de los antecedentes históricos y la evolución del fenómeno, para luego enumerar elementos de diagnóstico y formular una serie de recomendaciones de política para el Estado y para las organizaciones nacionales e internacionales de la sociedad civil.¹⁶ A su vez, Deng señaló que las personas que estaban aparentemente condenadas a padecer situaciones de desplazamiento

¹³ Sobre las paradojas de la visibilidad que puede, pese a toda buena intención, hacer visible al desplazado para seguir siendo desconocido en la práctica o perseguido, véase el texto de Roberto Vidal López que constituye una teoría del desplazamiento: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto del desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*: Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, pp. 31 ss.

¹⁴ Martha Bello: “El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación de capital y exclusión social”, en *Revista Aportes Andinos*, n.º 7, ponencia presentada en la conferencia regional “Globalización, migración y derechos humanos”, PADH, Quito, octubre de 2003, p. 7.

¹⁵ Andrés Franco: “Los desplazados internos en Colombia: una conceptualización política para el logro de soluciones a largo plazo”, en *Colombia Internacional*, n.º 42, abril-junio, Centro de Estudios Internacionales, Universidad de los Andes, 1998, p. 1.

¹⁶ *Ibidem*.

forzado eran víctimas de varias violaciones a los derechos humanos.¹⁷ Estos elementos constataban la preocupación de la comunidad internacional por la situación de los desplazados de Colombia y eran un impulso para que el país comenzara, tímidamente, a crear soluciones que remediaron el fenómeno.

Excede los límites de este trabajo dar cuenta de un desarrollo tan complejo; sin embargo, con estas alusiones se pretende ilustrar que fue la comunidad internacional la que influyó para que se fuesen asumiendo directrices en el ámbito interno con el propósito de prevenir el fenómeno. No obstante, como se verá, hasta mediados de la década del 2000 no hubo un avance importante en cuanto a la persecución penal del delito.

2.3. Peticiones individuales en materia de desplazamiento forzado interno

El primer caso en el cual la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que existían hechos constitutivos de desplazamiento forzado fue el del pueblo indígena *Yanomami contra Brasil*, en 1985.¹⁸ En este la Comisión estableció que Brasil había violado el derecho de residencia y tránsito, contenido en el artículo VIII de la Declaración Americana de 1948, como consecuencia de la construcción de una autopista que generó el desplazamiento de la comunidad y truncó su proceso de vida. Luego, en el caso de *María Mejía contra Guatemala*, la Comisión por vez primera estableció que el desplazamiento forzado implicaba la violación de un derecho consagrado en la CADH, el artículo 22.1, que hace referencia a la libre circulación y residencia. Concretamente, en el caso en referencia la Comisión indicó:

El desplazamiento forzado de 39 miembros de la población de Parraxtut Segundo, quienes por amenazas de los comisionados militares y los jefes de las PACs tuvieron que refugiarse en las oficinas del CERJ y en otros lugares fuera de su comunidad, constituye una violación al artículo 22.1 de la Convención que reconoce el derecho de circulación y residencia.¹⁹

Es importante en este punto expresar que la Comisión manifestó que la violación probada del derecho a la integridad personal fue el antecedente primario que generó el desplazamiento forzado de los miembros de la comunidad. Ello se debe a que las

¹⁷ Jorge González Jácome: *El camino hacia la categorización del desplazado como sujeto especial de derechos*, tesis de grado, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2002, p. 30.

¹⁸ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 20.

¹⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso *María Mejía contra Guatemala*, petición 10.553, informe de fondo n.º 32, de 1996.

amenazas de los militares a los miembros de la comunidad tuvieron el objetivo de intimidar a los desplazados para que no regresaran, lo que implicó una violación al derecho de estas personas a elegir el lugar de residencia.²⁰

2.4. Casos fallados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Pese a los múltiples pronunciamientos de la Comisión Interamericana sobre la grave violación de derechos humanos que representa el desplazamiento forzado interno, así como las recomendaciones públicas hechas a los Estados —particularmente a Colombia— para subsanar el problema, han seguido ocurriendo hechos de desplazamiento forzado, por lo cual la Corte IDH ha proferido diversas providencias que tienen relación directa con este fenómeno. A continuación se hará referencia a algunas de ellas.

2.4.1. *El artículo 22 del Pacto de San José como marco general de interpretación de las conductas constitutivas de desplazamiento forzado*

El primer caso en el que la Corte IDH imputó responsabilidad internacional a un Estado por hechos constitutivos de desplazamiento forzado interno fue el de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, en el cual se presentaron argumentos decisivos que sostienen aún la posición de la Corte sobre hechos constitutivos de desplazamiento forzado. En este caso, la Corte falló los hechos ocurridos el 29 de noviembre de 1986 en el Estado demandado, cuando se efectuó una operación militar en la aldea de Moiwana en cuyo desarrollo agentes del Estado y sus colaboradores dieron muerte a varios miembros de la comunidad, al tiempo que quemaron y destruyeron sus propiedades, forzando así a algunos sobrevivientes a desplazarse internamente.²¹ A partir de lo expuesto, el tribunal interamericano enfocó la responsabilidad del Estado por el desplazamiento de las víctimas del caso, considerando que había tenido lugar la violación del artículo 22 de la CADH —el cual, como se mencionó, consagra el derecho de circulación y residencia—, en relación con el artículo 1.1, que dispone la obligación de los Estados de respetar los derechos contenidos en la CADH.

²⁰ Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 21.

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15 de junio de 2005, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas.

El tribunal estableció que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, y señaló que para el caso en alusión eran relevantes los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno, que ilustran el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en el contexto de desplazamiento. Sobre esa base, la Corte IDH expresó que el Estado demandado no había establecido las condiciones ni provisto los medios para que los miembros de la comunidad regresaran voluntariamente a sus tierras, en forma segura y con dignidad.

2.4.2. Colombia frente al sistema interamericano: conflicto armado interno y desplazamiento forzado

A partir del precedente referido, en otros casos la Corte IDH se ha pronunciado sobre el desplazamiento forzado, siendo Colombia el Estado demandado. Entre ellos destacan el caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia* y el caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*.²²

En el primero, los hechos aluden a una masacre perpetrada en Mapiripán, Meta, municipio en el cual los días 15 y 20 de julio de 1997 aproximadamente un centenar de miembros de grupos paramilitares, con la colaboración, tolerancia y aquiescencia de agentes del Estado, privaron de la libertad, torturaron y asesinaron por lo menos a 49 civiles, tras lo cual destruyeron sus cuerpos y arrojaron los restos al río Guaviare. La Corte IDH consideró probado que, si bien los hechos fueron cometidos por grupos privados de autodefensas, la preparación y ejecución de la masacre no habría podido perpetrarse sin sucesivas acciones y omisiones de varios miembros de las Fuerzas Armadas del Estado, y este hecho sirvió de base para imputar la responsabilidad internacional de Colombia por la masacre y sus consecuencias.²³

²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas; y Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Se señala, igualmente, que en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, aun cuando los representantes de las víctimas alegaron la presunta violación del derecho a la libre circulación y residencia consagrado en el artículo 22 de la Convención Americana, en relación con el desplazamiento de habitantes del lugar de la masacre, la Corte consideró que ello no había sido alegado en el momento procesal adecuado, por lo cual no se pronunció respecto de la presunta violación de este artículo. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de *Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31 de enero de 2006, fondo, reparaciones y costas, en Marco Alberto Velásquez Ruiz: o. cit., p. 30.

²³ En este punto es relevante tener en cuenta que la Corte consideró que, en cuanto a la responsabilidad internacional del Estado en este caso, para establecer que se ha producido una violación de los derechos consagrados en la Convención no se requiere determinar la culpabilidad de sus autores o su intención, como tampoco es preciso identificar individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los hechos violatorios. De esta manera,

De otro lado, en razón de que la masacre produjo, a su vez, el desplazamiento de familias enteras, la Corte IDH analizó esta cuestión a partir del artículo 22.1 de la CADH, en relación con los artículos 4.1, 5.1, 19 y 1.1. En este sentido, la Corte volvió a señalar, como lo había hecho en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, que la libertad de circulación es una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona, para luego invocar, de nuevo, la relevancia que en casos de desplazamiento forzado interno tiene el contenido de los Principios Rectores de Desplazamiento Forzado Interno, útiles al ilustrar la interpretación y el alcance del artículo 22 de la CADH.

De otra parte, la referida corporación estableció que el desplazamiento ocurrido a causa de la masacre de Mapiripán debía ser analizado en el contexto particular del conflicto armado interno colombiano. Ante esto, se erigió un nuevo elemento de análisis, que adelantó la Corte IDH en este caso, en cuanto al tratamiento dado al desplazamiento forzado en Colombia por este órgano, al establecer que las regulaciones sobre desplazamiento contenidas en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra de 1949 resultan especialmente útiles para la aplicación de la CADH en el conflicto armado interno colombiano.

De esta forma, la Corte IDH introdujo el DIH como un elemento de interpretación de la CADH en materia de desplazamiento. En esta dirección y a partir del desplazamiento, se puede también, en función del presente trabajo, observar los argumentos del sistema interamericano respecto de violaciones al DIH que han tenido lugar, paradójicamente, en países que han firmado un pacto o convención propia para Estados que apoyan sus instituciones, en principio, sobre la base de la paz —no lograda, empero— como condición de validez de las normas jurídicas.²⁴

En concordancia con lo anterior, la Corte IDH manifestó que el desplazamiento forzado interno de los familiares de las víctimas de la masacre no podía ser desvinculado de otras violaciones a los derechos humanos declaradas en la sentencia: la agresión a su integridad personal, la falta al deber estatal de investigar los hechos y la violación del

para la Corte Interamericana es suficiente demostrar que existió apoyo o tolerancia de funcionarios estatales en la comisión de los hechos que constituyeron la infracción de los derechos reconocidos en la Convención, o que existió omisión en su comportamiento. A su vez, esa responsabilidad internacional puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado, en este caso los paramilitares; lo expresado, con base en la existencia de deberes de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del DIH. La atribución de responsabilidad penal es un ejercicio más estricto, tal como se ha dicho, sobre todo porque está proscrita la responsabilidad objetiva y porque, de hecho, se trata de responsabilidad estrictamente individual.

²⁴ Para un análisis sobre cómo el sistema interamericano, especialmente la Comisión Interamericana, a partir de la noción de vida y dignidad desglosa el derecho internacional humanitario e impone su respeto, a pesar de que la Convención Americana no contiene normas humanitarias propiamente dichas, véase el texto ya reseñado de Alejandro Aponte (cit. nota 1), pp. 125-170.

artículo 19 de la CADH, por la desprotección a la que fueron sometidos quienes eran niños y niñas al momento de ser desplazados. Igualmente, para la Corte los familiares de las víctimas vieron vulnerado su derecho a una vida digna. Con base en estos elementos de juicio, mediante una interpretación en perspectiva del artículo 22 de la CADH, tomando en cuenta las normas de interpretación señaladas y de conformidad con el artículo 29.b de la misma convención —que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos—, la Corte consideró que el artículo 22.1 de la CADH protege el derecho a no ser desplazado forzosamente dentro de un Estado parte. En consecuencia, condenó a Colombia por incumplimiento de sus obligaciones internacionales, con la consiguiente obligación de reparar a las víctimas.

De otro lado, en este caso, la Corte IDH también consideró que el Estado era responsable por la violación de los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, los cuales consagran los derechos a las garantías judiciales y protección judicial. El análisis efectuado por la Corte sobre esta cuestión es fundamental al comprender la forma como confluyen en la práctica para los operadores jurídicos los diferentes ámbitos de protección de los derechos humanos, toda vez que, de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte IDH,

[...] las violaciones declaradas a los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas (*supra* § 139), resultan agravadas como consecuencia de las faltas al deber de protección y al deber de investigar los hechos, como consecuencia de la falta de mecanismos judiciales efectivos para dichos efectos y para sancionar a todos los responsables de la masacre de Mapiripán. En consecuencia, el Estado ha violado los artículos 8.1 y 25 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de las víctimas del presente caso.²⁵

Nótese cómo el incumplimiento del deber del Estado de impulsar las investigaciones judiciales que en el ámbito interno está obligado a llevar a cabo cuando hay vulneración de derechos humanos está íntimamente relacionado con la persistencia de la violación de dichos derechos. Sobre esta cuestión la Corte IDH recordó:

[...] el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene por fin proporcionar al individuo medios de protección de los derechos humanos reconocidos internacionalmente frente al Estado (sus órganos, sus agentes, y todos aquellos que actúan en su nombre). En la

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia del 15 de septiembre del 2005, fondo, reparaciones y costas, § 241.

jurisdicción internacional las partes y la materia de la controversia son, por definición, distintas de las de la jurisdicción interna. Al establecer la responsabilidad internacional del Estado con motivo de la violación a los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana, el aspecto sustancial de la controversia ante la Corte no es si en el ámbito interno se emitieron sentencias o se llegó a acuerdos conciliatorios por responsabilidad administrativa o civil de un órgano estatal, en relación con los violaciones cometidas en perjuicio de los familiares de algunas víctimas de los hechos de Mapiripán, sino si los procesos internos permitieron que se garantizara un verdadero acceso a la justicia conforme a los estándares previstos en la Convención Americana.²⁶

La Corte IDH, además, estableció la necesidad de vigilar el cumplimiento de sus providencias. El tema penal es especialmente crítico en este sentido y ha dado pie para innumerables confrontaciones entre los Estados y el sistema: ¿hasta dónde se cumple o incumple con la obligación de investigar y juzgar hechos constitutivos de desplazamiento? En cualquier caso, la Corte, en materia de supervisión del cumplimiento de la sentencia proferida en el caso de la Masacre de Mapiripán, adujo:

[...] la Comisión manifestó que si bien la obligación de investigar y sancionar los hechos debe desarrollarse en el marco del sistema penal del Estado, esto no excluye ni limita las facultades de la Corte para analizar si ello resulta adecuado y eficaz para resolver la situación del presente caso.²⁷

Dichas facultades de la Corte IDH para analizar si las investigaciones penales han sido las adecuadas deben respetar los límites propios del sistema penal.²⁸ Esta apreciación es relevante, puesto que es en estos análisis donde se pueden presentar las confusiones en la práctica de las reglas propias de los diferentes ámbitos de protección de derechos humanos. Más aun cuando, según la propia Corte IDH, en materia de desplazamiento forzado, las investigaciones y sanciones penales tienen incidencia en las posibilidades de retorno de los habitantes de Mapiripán desplazados.²⁹ Pero, como es obvio, para que

²⁶ *Ibidem*, § 211.

²⁷ *Ibidem*, § 22.

²⁸ Debe advertirse que, desde el punto de vista penal, este caso, en el cual estuvieron involucrados un general del Ejército y diversos militares de muy alto rango, es un caso tipo sobre cómo hoy en el país la tendencia frente a la responsabilidad del superior jerárquico es sancionar, con base en la omisión impropia, la posición de garante y el tipo omisivo culposo, a los militares implicados, transformando la omisión en acción. La sentencia con base en la cual está condenado actualmente el general Uscátegui es por coautor por acción. Véase al respecto la sentencia del 23 de noviembre de 2009, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, radicado n.º 1100107040092004011401.

²⁹ *Ibidem*, § 58.

haya efectivamente condiciones de retorno propicias deben trabajar todas las agencias estatales; el papel del derecho penal puede ser simbólicamente importante, pero la verdadera seguridad y protección de las personas pasa por la devolución de tierras, por una política agraria auténtica, etcétera.

En este sentido, es importante y necesario apoyar, en el caso colombiano, las intenciones del nuevo gobierno, que se concretan en devoluciones sumarias de tierras y, sobre todo, en la Ley de Tierras presentada al Congreso en el mes de septiembre de 2010. (Debe advertirse, no obstante, que se trata de un proceso a “sangre y fuego”, es decir, el gobierno, de manera valiente sin duda, en cabeza de un ministro de Agricultura comprometido, ha llevado adelante procesos de restitución de tierras. Pero esto ha sido adelantado al mismo tiempo en que se asesina cobardemente a líderes campesinos que luchan por la devolución de sus tierras. De hecho, al momento de cerrar el presente trabajo, el 24 de marzo de 2011, fue asesinado un nuevo líder campesino. Acciones en lógica transicional, propias de posconflicto, deben tener lugar en plena guerra. Ese es el drama de Colombia y ello condiciona cualquier especulación teórica sobre estos temas.)

El segundo caso reseñado, el de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, alude a dos masacres perpetradas en los corregimientos La Granja y El Aro, en el municipio de Ituango, departamento de Antioquia, en junio de 1996 (masacre en La Granja) y noviembre y octubre de 1997 (masacre en El Aro), donde varios sujetos paramilitares, luego de dar muerte a numerosos habitantes, robaron el ganado de las víctimas e incendiaron los pueblos. La base para imputar la responsabilidad internacional en esta ocasión recayó en el hecho de que las masacres fueron efectuadas debido a varias acciones y omisiones de miembros de las Fuerzas Armadas colombianas. De otro lado, las masacres, junto al amedrentamiento por paramilitares y los daños sufridos, provocaron el desplazamiento interno de familias enteras.

La Corte IDH consideró que Colombia había violado el artículo 22 de la CADH, en relación con su artículo 1.1, por el desplazamiento forzado producido. Ello en razón a que, de acuerdo con el tribunal, el derecho de circulación y residencia constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la persona; en concordancia, la Corte realizó una interpretación también en perspectiva del artículo 22 de la CADH, y señaló que este protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado parte. La Corte IDH también indicó que los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno resultaban relevantes al definir el contenido y el alcance del artículo 22 de la CADH en contextos de desplazamiento interno. En consecuencia, la Corte IDH

enfaticó de nuevo, en este caso, el hecho de que el desplazamiento producido se enmarcaba en una situación generalizada de desplazamiento forzado interno que afecta a Colombia y que es causada por el conflicto armado. Por tal motivo, volvió a enfocar esta problemática a la luz no solo del derecho internacional de los derechos humanos, sino también del DIH.

En igual sentido, observó que el desplazamiento forzado interno de las víctimas no podía ser desvinculado de las demás violaciones declaradas en la sentencia. En este orden de ideas, expresó que las circunstancias del caso y la especial y compleja situación de vulnerabilidad que padecían las víctimas incluían, pero a la vez trascendían, el contenido de la protección debida por los Estados en el marco del artículo 22 de la CADH.

En efecto, la Corte IDH consideró que el desplazamiento tuvo origen en la desprotección sufrida durante las masacres, no solo a raíz de las violaciones al derecho a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, sino también por la destrucción del ganado y las viviendas, lo que violaba los derechos a la propiedad privada y al domicilio; todos estos objeto de imputación de responsabilidad internacional al Estado colombiano. Finalmente, el conjunto de los derechos vulnerados llevó al Tribunal a considerar que, más allá del contenido normativo del artículo 22 de la CADH, la situación de desplazamiento analizada también había afectado el derecho de las víctimas y sus familiares a una vida digna, en relación con el incumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía de los derechos consagrados en la CADH. Por último, este análisis finalizó en la condena al Estado colombiano a reparar los perjuicios ocasionados a las víctimas desplazadas en cuanto a daños materiales, inmateriales y otras formas de reparación.

En este caso la Corte IDH también encontró “que los procesos y procedimientos internos no han constituido recursos efectivos para garantizar el acceso a la justicia y de toda la verdad de los hechos, la investigación y sanción de los responsables y la reparación de las consecuencias de las violaciones”, por lo que el Estado colombiano había violado los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con su artículo 1.1.³⁰ Así, como ocurrió también en el caso de la *Masacre de Mapiripán*, se puede ver cómo las investigaciones judiciales, particularmente las penales, están íntimamente relacionadas con la vulneración de otros derechos humanos contenidos en la CADH.

³⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Masacres de Ituango contra Colombia*, sentencia del 1.º de julio de 2006, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 344.

3 • Alcances y límites de la sanción penal del desplazamiento forzado como crimen internacional

Una vez estudiado el desarrollo que en el sistema interamericano ha tenido la sanción a los Estados, en virtud de hechos propios de desplazamiento forzado que comprometen a funcionarios estatales, se adelantará a continuación el estudio de un documento producido por la Fiscalía General de la Nación de Colombia, en el cual se retoman decisiones comentadas de la Corte IDH, con el propósito de darles solidez a los argumentos que subyacen a estrategias de investigación del delito de desplazamiento forzado en el Estado mencionado. Con el estudio de este documento oficial se ilustrarán, además, la tensión y la confusión que tienen lugar en el uso indiscriminado y sin matices de los diversos ámbitos de protección de derechos humanos, así como las graves consecuencias que trae ello para el derecho penal. Empero, con su estudio también se ilustrarán algunos avances cualitativos muy importantes para la investigación y sanción del delito.

3.1. De la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario

Antes de estudiar el documento reseñado, es importante analizar aspectos relacionados con el trípede enunciado al inicio del presente texto, así como con la confusión entre ámbitos de protección y promoción de derechos humanos y derecho internacional humanitario. Lo primero que es necesario resaltar es que, en el caso concreto de Colombia, en diversas discusiones legislativas, para retrotraer la discusión a sus orígenes, el lenguaje del derecho penal —en relación, entre otros, con el bien jurídico a proteger— ha sido sustituido por el lenguaje de los derechos humanos; es decir, en la actualidad se presenta una gran confusión entre el lenguaje de los derechos humanos y el lenguaje penal propiamente dicho. Igualmente, a partir de esa confusión, ámbitos distintos de protección de los derechos humanos están siendo utilizados de forma indiferente y entremezclada.

Por ello, cuando el lenguaje de los derechos humanos se apropia del lenguaje penal, el sistema judicial penal se ve obligado a dar respuestas que no le corresponden, que lo exceden, que lo sobrepasan. Al contrario, ni siquiera en nombre de las víctimas

le corresponde al derecho penal dar respuesta a la totalidad de las causas que subyacen a masivas violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario que han sido perpetradas durante décadas en diversos países. Se trata, como es obvio, de un tema que compromete todas las agencias estatales y que exige respuestas desde los más diferentes ámbitos normativos. Por eso, en nombre de la justicia transicional no se puede expandir ilimitadamente el derecho penal y exigir a los jueces penales que sustituyan agencias que deben impulsar mecanismos de justicia transicional que no son penales. La reparación, fórmulas de no repetición y, por supuesto, formas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) exceden el ámbito penal y hoy, en el proceso especial de Justicia y Paz, por ejemplo, a la Fiscalía y a los jueces se les carga con responsabilidades que no corresponden, y estos últimos, sobre todo, tienden a responder mezclando y confundiendo los ámbitos de protección señalados.³¹

Por tanto, se hace necesario diferenciar muy bien cuándo una conducta constituye una violación de los derechos humanos y cuándo esa misma conducta constituye un delito. Por ejemplo, el aborto es un delito y no una violación de derechos humanos; en cambio, una desaparición forzada tiene la doble condición de ser tanto delito como violación de derechos humanos. De igual forma, podría decirse que un crimen internacional es aquella conducta que constituye simultáneamente una violación de derechos humanos y un delito; por ejemplo, el desplazamiento forzado, la desaparición forzada o la tortura. (Esta, no obstante, según las circunstancias, puede ser un delito ordinario.) También una conducta que en principio constituye solamente un delito puede adquirir la condición de violación de derechos humanos, de acuerdo con el contexto; así, por ejemplo, un aborto o acciones de inseminación artificial pueden ser parte de un genocidio, si son adelantadas con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo étnico, religioso, etcétera. Pero en principio solo constituyen delitos.

Para ahondar en ello con otro ejemplo, la violación, como agresión sexual, es una conducta que no constituye por sí misma una violación de derechos humanos ni un crimen internacional. Sin embargo, si esa agresión sexual tiene lugar en un escenario de conflicto armado interno o internacional, en el que una mujer ha sido violada a manera de represalia contra enemigos o, en todo caso, por agredirla no solo a ella sino también

³¹ Para ahondar en este tema especialmente complejo, se permite el autor la cita al siguiente texto que fue elaborado a partir de un seguimiento permanente e *in situ* de las audiencias que componen el proceso especial al cual se ha hecho referencia: Alejandro Aponte Cardona (director del Área de Justicia): *El proceso penal especial de Justicia y Paz. Alcance y límites de un proceso concebido en clave transicional*, Monográfico n.º 2, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, marzo de 2011.

a su comunidad en medio de ese conflicto, esa acción constituye una violación al DIH, un delito tipificado como tal en la legislación penal y, a su vez, un crimen internacional. Por eso la delimitación de los contextos es una tarea tan importante en el proceso de imputación de las conductas: lo decisivo para establecer cuándo una conducta concebida como delito puede constituir una violación de derechos humanos es el contexto en el cual los hechos tienen lugar. No se trata de la gravedad del delito. Esta es otra confusión: un crimen pasional, por ejemplo, puede ser cometido con sevicia y, sin embargo, no constituye un crimen internacional. No es, se repite, la gravedad del delito lo que lo convierte en crimen internacional.

Además, lo importante frente a este tipo de conductas es que ellas generan reacciones que deben estar diferenciadas. Por ejemplo, las violaciones de derechos humanos generan una respuesta de sistemas de protección como el sistema europeo o interamericano, en que se sanciona a los Estados. A su vez, esta misma conducta, en razón de que ha sido adelantada por sujetos concretos, genera respuestas en el ámbito interno; en la esfera constitucional, para citar un caso, se exigirá de las instituciones estatales auténticas políticas públicas de protección a las víctimas y de prevención de la comisión de más conductas lesivas; desde el punto de vista penal, se exigirá la respuesta del sistema penal en cuanto a la investigación y sanción de la conducta de individuos particulares, aun cuando, por supuesto, el punto de partida sea la macrocriminalidad. Pero esta respuesta, que es penal, no puede sustituir las respuestas de las demás instituciones estatales: debe preservar sus principios y no puede ser sustituida en la práctica por categorías, conceptos y lógicas desarrolladas por el derecho internacional de los derechos humanos. Es, ante todo, una respuesta penal. (También, desde luego, se puede generar eventualmente una respuesta de la Corte Penal Internacional, tema que no nos ocupa ahora.)

3.2. Los peligros de la disfunción en la investigación y el juzgamiento de un crimen internacional

Tal como se ha dicho, un ejemplo concreto de cómo funciona el trípode enunciado desde la presentación y de cómo se mezclan no siempre consistentemente ámbitos diversos de protección de derechos humanos está expresado en el Memorando 0035 de la Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, del 28 de abril del 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”.

El autor del presente escrito ha participado activamente, como consultor y profesor, de la discusión que dentro de la Fiscalía y del sistema judicial ha tenido lugar alrededor del delito que se estudia, y, de hecho, la primera conclusión que en su momento fue posible elaborar, en el contexto de la IV reunión del Grupo de Estudios, fue que una de las razones del enorme déficit de persecución del delito de desplazamiento en el caso colombiano ha sido el hecho de que el sistema judicial llega o llegaba en ese momento (hasta el año 2007) a investigar y juzgar aquellos delitos que subyacen al desplazamiento, como son los homicidios, las lesiones, amenazas y toda clase de crímenes cometidos, por ejemplo, por actores armados irregulares. Se trata de lo que en su momento llamamos *delitos base*.³² Sin embargo, no se investigaba el resultado final como tal, que es el desplazamiento forzado o arbitrario de cientos de personas.

Cuando se trata de casos menos complejos, aunque igual de dramáticos, de desplazamientos producidos con dolo directo y respecto de personas en concreto, el sistema judicial ha operado con mayor consistencia; pero, en caso de acciones indirectas, ocurridas como resultado de delitos base y que deben ser imputadas a título de dolo eventual, el sistema ha tenido muchas dificultades. Entre ellas cabe anotar, además, el hecho de que se trata, en estos casos particularmente, de *víctimas* sin *victimarios* o sin sujetos activos: se produce en un lugar específico una acción sobre una población —se adelanta, por ejemplo, una masacre por hombres armados y con los rostros cubiertos, invisibles, sin asistencia o presencia alguna de la fuerza pública, y luego, en los días o semanas siguientes, se producen éxodos de poblaciones enteras.

En ese contexto, es difícil establecer la conexión directa entre los actores que produjeron dicho cambio de residencia, forzado y arbitrario, y las víctimas que, además, comienzan a dispersarse, abandonadas a su suerte. Por esa razón hay que señalar, igualmente, que en estos casos la forma de imputación más apropiada y consistente con el contexto social en que se produce el desplazamiento es la fórmula de autoría mediata a través de estructuras o aparatos organizados de poder, respecto de agentes y superiores jerárquicos que operaron u operan en una zona determinada y a título de dolo eventual. (Sobre estos aspectos se volverá más adelante.)³³

³² Véase al respecto Alejandro Aponte: "Colombia", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, marzo de 2008, pp. 173 ss.

³³ Para un análisis en detalle de aspectos penales especialmente problemáticos para la investigación y el juzgamiento del desplazamiento forzado en el caso colombiano, véase Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia. Reglas, principios de interpretación y fórmulas de imputación*, Monográfico n.º 1, Observatorio Internacional de DDR y Ley de Justicia y Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, 2009.

En razón del enorme déficit de persecución penal del delito, el juez constitucional colombiano, mediante el auto de seguimiento de sentencias dictadas con anterioridad sobre el desplazamiento forzado, n.º 008 de 2009, en el numeral 13 ordenó a dichas instituciones, entre otras múltiples acciones, que el “delito fuese investigado como delito autónomo”, resaltando el hecho de que no se investigue dependiendo necesariamente de la “existencia de concurso con otras conductas delictivas”.³⁴

Se trataba, de hecho, de una conclusión elemental y de la necesidad de desarrollar una estrategia coherente de persecución. Ello, no obstante el hecho de que la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación y diversos jueces especializados venían en todo caso desarrollando pautas interesantes y consistentes de investigación y juzgamiento del delito.

3.3. Sistema interamericano de derechos humanos y derecho penal interno: hacia una comunicación consistente entre ámbitos de protección de derechos humanos

Ahora bien, interesa en este momento reseñar aspectos centrales del memorando citado, con el propósito de ilustrar, en el contexto de un trabajo sobre el sistema interamericano, cuestiones fundamentales sobre la relación entre este sistema y el derecho penal interno. Así, por ejemplo, como se ha advertido, fue el juez constitucional, en el contexto de la protección constitucional de derechos humanos —especialmente activo en el caso colombiano—, el que instó radicalmente al sistema judicial colombiano a desarrollar estrategias coherentes de persecución del delito. Luego, como respuesta a ello, en el punto número 1 del memorando comentado se describe la conducta, tal como ella ha sido percibida, “en el derecho internacional de los derechos humanos y en el derecho internacional humanitario”.³⁵

³⁴ Debe anotarse que ya el juez constitucional, en auto previo, n.º 092 de 2008, y en el contexto de las decenas de agresiones sexuales cometidas en el marco del conflicto armado interno de Colombia y respecto de las cuales son más vulnerables las mujeres desplazadas, había llamado la atención sobre la necesidad de elaborar una estructura más consistente de investigación del delito, que tuviera en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas del desplazamiento y su revictimización permanente. Lo propio ocurrió en el auto n.º 237 de 2009 de la misma Corte Constitucional. Ha existido en el país un activismo constitucional enorme respecto de este grave problema.

³⁵ Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, Memorando n.º 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 1.

3.3.1. Preservación de las decisiones jurídico-penales en la lógica interna del derecho penal

El análisis de la Fiscalía enfatiza de entrada el carácter de crimen internacional del delito, pero no comienza con un análisis penal de este, sino en su versión de violación de derechos humanos. Enseguida el documento hace relación a los Principios Rectores de los Desplazamientos Forzados Internos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, del mes de febrero de 1998. Más adelante, unido a la reseña de los Principios, el memorando cita decisiones del juez constitucional que los ordenan y les dan sentido, para que sean aplicados por las diversas instituciones en desarrollo de políticas públicas.

Con posterioridad, el memorando hace relación a las normas del derecho penal colombiano que regulan el fenómeno y, con acierto, establece el carácter de ejecución permanente que tiene dicho delito, en su doble condición: como delito concebido más en el horizonte de la lesa humanidad (artículo 180 del Código Penal colombiano) y como infracción al DIH, contenido en el artículo 154 del Código Penal. Se citan las normas correspondientes:

Artículo 180. Corregido por el Decreto 2667 de 2001, artículo 1°. Desplazamiento forzado. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

Por su parte, el artículo 154 concibe el desplazamiento como crimen de guerra (infracción al DIH). Dice la norma:

Artículo 159. Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

En este punto, la Fiscalía adelanta un giro interesante: una vez que ha establecido el carácter de ejecución permanente del delito, para llenar de contenido y explicar este carácter, en vez de acudir a la dogmática penal, donde está la respuesta sobre ello, acude directamente a la doctrina elaborada por el sistema interamericano, con el argumento de que ella tiene “efectos vinculantes en el derecho interno (sentencia C-010 de 2000)”, todo ello con el propósito de determinar el “tiempo de ejecución de la conducta” y el “momento en el cual cesa de ejecutarse la conducta”.³⁶

A nuestro juicio, si bien dicha apelación a principios rectores y a la jurisprudencia del sistema interamericano es conducente en abstracto, no es consistente sustituir supuestos dogmáticos por argumentos de sistemas de protección constitucional o del sistema interamericano de derechos humanos. Es decir, estos son muy relevantes para llenar de contenido elementos normativos o elementos intrínsecos de la estructura de los tipos penales, pero no para sustituir de entrada supuestos dogmáticos. No se puede utilizar en derecho penal el denominado *bloqueo de constitucionalidad* para sustituir el lenguaje penal por el de los derechos humanos, mal interpretado este último también. Se debe utilizar, como se ha dicho, para llenar de contenido elementos normativos de los tipos penales, para llenar de contenido incluso supuestos sociológicos que subyacen a la conducta, pero no se debe sustituir la discusión dogmática intrasistémica.

¿Qué pasaría por ejemplo si el carácter que tiene un delito fuera concebido en el sistema interamericano de manera diferente a como lo concibe la dogmática jurídico-penal? En el caso del desplazamiento, coincide, pero ¿qué ocurriría si no hubiera coincidencia? Más problemático aún: ¿Qué ocurriría, como de hecho ocurre, si en la jurisprudencia de derechos humanos —más flexible por naturaleza— se flexibilizan principios de derecho penal? Debe entonces un juez penal de derecho interno asumir esta flexibilización? La respuesta, por lo menos desde el ámbito penal, es que no lo puede hacer y no se puede forzar al juez a hacerlo, como está sucediendo peligrosamente en Colombia.

Para ahondar en la reflexión, debe aclararse que es muy relevante el desarrollo que ha hecho la Corte Constitucional sobre qué es un desplazado, cómo se debe proteger, qué se requiere para demostrar esa condición, pues con ello se llena de contenido y se da sentido a diversos ámbitos temporales y fácticos para determinar cuándo una persona sigue siendo desplazada y, por ende, los tiempos en que el bien jurídico sigue siendo vulnerado. Esa es la correcta confluencia de ámbitos de protección diferentes.

³⁶ *Ibidem*, p. 4.

De allí, a partir de conceptos elaborados por el constitucionalismo, se da contenido a fórmulas dogmáticas, como el posible concurso material heterogéneo y sucesivo ocurrido en el tiempo, o la participación de cómplices, una vez que se ha consumado el delito pero se sigue ejecutando en el tiempo, etcétera. El constitucionalismo obra así como apoyo a la dogmática, no como sustituto coyuntural de esta; la jurisprudencia constitucional le da sentido, en su carácter restrictivo y de *ultima ratio* al derecho penal, pero no sustituye la lógica interna del derecho penal mismo, ampliándolo y exacerbándolo. Por ello tienen mucho sentido preguntas que se hacen hoy quienes de hecho operan a diario con postulados del sistema interamericano y que toman distancia frente a su impacto en la dinámica constitucional-penal. Así, por ejemplo, se interroga una autora al cuestionar las “Nuevas dinámicas del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: ¿Hacia una desconstitucionalización del derecho penal?”.³⁷

Para citar otro ejemplo: si el artículo 135 del Código Penal colombiano hace referencia al homicidio en persona protegida, el DIH debe ser utilizado para llenar de contenido la noción de conflicto armado interno, de persona protegida, etcétera. Así, se llenan de contenido los elementos normativos de carácter jurídico del tipo penal, pero la imputación final debe conservarse en los límites del derecho penal. Lo que no puede hacerse, tal como se verá, es deducir *ad-hoc*, a partir —para citar un caso— del homicidio simple, un homicidio en persona protegida, utilizando normas del DIH, incluso si estas normas se encuentran vigentes como instrumentos de acotación de la guerra en el propio derecho interno, y menos si solo lo están en el derecho internacional.

Se puede discutir este argumento, diciendo que habría una contradicción enorme en el hecho de que, mientras existen normas humanitarias, incorporadas al derecho interno a través de la incorporación de instrumentos internacionales y que buscan la preservación de los mínimos en la guerra, cuando se presenta la violación de esas normas no existen las normas penales para castigarla. Pero ello no es necesariamente así, pues con seriedad y voluntad política un sistema judicial aplica las normas que tiene a su alcance, sin echar mano de argumentos fortuitos para imputar normas inexistentes. La discusión se debe dar más en el escenario político, donde tienen lugar las reformas legislativas de los códigos penales: los jueces no pueden ser forzados a aplicar normas que no han sido incorporadas a la legislación penal o que no lo estaban en el momento de los hechos.³⁸

³⁷ Título del trabajo de Claudia Redondo Polo publicado en Juana Acosta y Álvaro Amaya (comps.): *Debate interamericano*, volumen 2, Bogotá: Ministerio de Relaciones Exteriores, 2009, pp. 39-71.

³⁸ Este es el enorme error que comete la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia en auto del 12 de diciembre de 2010, con radicado n.º 33039 en el marco de Justicia y Paz, el que autoriza a que se aplique

3.3.2. *Derechos humanos contra derecho penal: la supuesta “excepción de la favorabilidad” en materia penal*

Por usos errados de diversas normatividades se cometen graves equívocos, en los que el argumento del derecho internacional de los derechos humanos parece excusar la violación de principios penales o, por lo menos, la supuesta “excepción” a esos principios. Por ejemplo, en el punto 2.4 del memorando se hace referencia al problema complejo de aplicar las normas vigentes para imputar un delito de ejecución permanente con la supuesta “excepción al principio de favorabilidad”.

En primer lugar, no puede un órgano como la Fiscalía, sin más, establecer excepciones a principios como la favorabilidad, la prohibición de retroactividad, la prohibición de doble incriminación y el *in dubio pro reo*. Este es un hecho que, por ejemplo, el autor de este escrito, como director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz del CITpax, ha discutido ampliamente con fiscales y jueces. (Sin embargo, es importante resaltar que también ha verificado cómo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, valientemente, a pesar de diversas presiones, ha mantenido la directriz del respeto incondicional al derecho penal y sus principios, en la investigación y el juzgamiento de los delitos más graves. Ello, por lo menos hasta la providencia ya reseñada de 2010 que puso en jaque la tarea de la Fiscalía.)

Se trata, además, de una conclusión que había sido severamente avalada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la cual había señalado con claridad, respecto de hechos ocurridos antes de la vigencia del Código Penal actual, lo siguiente: “Así, los hechos referidos en los casos [...] sucedidos antes de entrar la Ley 599 de 2000, no resisten el calificativo de crímenes de guerra y sí el de homicidios agravados en virtud del principio de legalidad estricta”.³⁹ Es decir, con mucho criterio, el juez de mayor jerarquía

de manera retroactiva la ley penal para regular casos en que dicha ley no estaba vigente. Concretamente, la norma que regula el homicidio en persona protegida. Se trata de un argumento innecesario y peligroso que, al contrario de lo que hacen los fiscales y la mayoría de jueces, hoy parece tomar curso en la Sala Penal. Existen normas que estaban vigentes en el momento de los hechos, severas también, que pueden dar cuenta de lo que sucedió. En este caso, el juez de mayor jerarquía no adelanta ningún estudio de las fuentes en derecho penal internacional, y reduce —casi al absurdo— todo un entramado de normas y conceptos al universo etéreo del *ius cogens*, haciendo ininteligibles los argumentos y llenado de falacias la parte motiva de la providencia. Se entiende el sentido humanista que guía a la Corte, de castigar a asesinos despiadados, y por eso la Sala aclara que el irrespeto a la legalidad sería apenas una excepción para estos casos de graves violaciones de derechos humanos, pero en la práctica lo excepcional se va expandiendo en la mera decisión política y se convierte en la regla. Basta comprobar, por ejemplo, la expansión hoy ilimitada de la noción de *lesa humanidad*.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto del 11 de marzo de 2010, proceso con radicado n.º 33301, consideraciones-numeral 2, MP: Alfredo Gómez Quintero.

establecía claramente el hecho de que se deben aplicar las normas vigentes al momento de la comisión de la conducta; incluso si, justo como es este caso reseñado, los hechos constituyeron hechos propios de un homicidio en persona protegida. Como se verá, el efecto simbólico de la norma penal no estriba en la violación de los principios, sino en la fortaleza de los argumentos prohijados en la parte motiva de una providencia.⁴⁰ (Es de esperarse que la Sala Penal retome el camino que había sostenido férreamente en diversas providencias.)

En segundo lugar, esta conclusión inaceptable tiene lugar por el hecho de que se confunde una discusión sobre la aplicación de las leyes en el tiempo, en un delito de ejecución permanente, con temas de favorabilidad, que no son del caso. La Fiscalía, en el memorando, adelanta una reflexión en la cual mezcla estas dos cuestiones centrales y tiende a sustituir la discusión sobre normas aplicables en el tiempo por cuestiones atinentes a la favorabilidad, y, como se topa con el hecho de que numerosos casos propios del desplazamiento forzado ocurrieron antes de la vigencia de las normas que hoy lo rigen, hace malabares para justificar eventualmente la aplicación retroactiva de los tipos penales, por lo que llega a conclusiones antitécnicas, sin fundamento e inaceptables. Así, por ejemplo, manifiesta:

El artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al referirse a los principios de legalidad y de retroactividad, los restringe al “derecho aplicable”, con lo cual, en el derecho aplicable se encuentran las conductas consideradas delictivas no solo por el derecho nacional, sino por el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

La conclusión expuesta es reforzada por la Fiscalía con esta otra, más deleznable:

Pertinente es recordar que los principios de legalidad y favorabilidad no pueden alegarse si en el derecho internacional el crimen está reconocido como tal, pese a que no esté previsto en la legislación interna.⁴¹

⁴⁰ Sobre la discusión acerca de la legalidad, y sobre las diferentes formas de imputación de aquellos delitos que constituyen crímenes internacionales, en el marco del proceso especial de Justicia y Paz, véase Alejandro Aponte (director del Área de Justicia): *Segundo informe del Área*, Observatorio Internacional de DDR y la Ley de Justicia y Paz, Centro Internacional de Toledo para la Paz, Madrid-Bogotá: CITpax, noviembre de 2009, pp. 19-87.

⁴¹ Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia, memorando 0035, del 28 de abril de 2009, mediante el cual se establece una “estrategia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo”, p. 7.

No se pueden aceptar estas conclusiones, toda vez que estas no son derecho penal. Se podrá pensar en un nombre para ello —por ejemplo, una especie de *derecho híbrido* o *derecho anfíbio*—, pero no se trata de derecho penal.

3.3.3. *Sustitución ad hoc del derecho penal por el derecho de los derechos humanos: una operación inconsecuente*

Así, en este memorando (lo cual no significa que la Fiscalía lo siga en este asunto necesariamente), dicha institución sustituye directamente normas penales por normas del derecho de los derechos humanos. No obstante, por antitécnico que parezca, esta es, lastimosamente para el derecho penal, una operación con adeptos, hoy impulsada también por agencias internacionales que presionan al sistema judicial colombiano y por organizaciones nacionales, según la cual es dable deducir *ad-hoc* tipos penales, inexistentes al momento de la comisión de ciertas conductas, de normas propias del derecho internacional de los derechos humanos o, como bien se dice aquí, del derecho internacional humanitario. Es una operación no solo peligrosa sino también innecesaria, que demuestra la confusión y la mezcla de ámbitos de protección diferentes. Y es innecesaria, sobre todo por el hecho de que, tal como lo viene haciendo la Unidad de Justicia y Paz de la Fiscalía, por ejemplo, así como todo el sistema judicial, el peso del mensaje contra quienes violan derechos humanos y el peso de la prevención general, si se quiere o se apuesta por ella en estos casos, no radica en la contundencia supuesta de sentencias penales sin supuestos ni principios penales, sino en la argumentación: la fuerza de la decisión no estriba en la parte resolutive, contradictoria, mal fundada y arrogante, sino en la argumentación o en la parte motiva, en la cual se dice exactamente qué ocurrió y sus consecuencias, de forma técnica y clara.

Así, y tal como lo dice en algún punto el mismo memorando (que parece contradecirse), a casos anteriores a la vigencia de las normas aplicables y respecto de los cuales haya cesado la violación al bien jurídico tutelado, se debe aplicar la norma sobre constreñimiento ilegal y enfatizar muy bien en la parte motiva de una decisión que se trató de casos auténticos de desplazamiento forzado, con todo lo que ello significa. Al contrario, el memorando se enreda y llega a conclusiones que hoy parecen normales. Por ejemplo, la supuesta imprescriptibilidad de delitos más graves, a contrapelo de férreas disposiciones legales y constitucionales que no coinciden con este presupuesto y que deben prevalecer en el orden interno.

Pero se trata de una tendencia, como se dice, que hoy se manifiesta de todas las formas, entre ellas y especialmente, en la conversión artificial para evadir temas de prescripción de toda suerte de delitos, en delitos de lesa humanidad. Estamos *ad portas* de que todo el Código Penal colombiano se convierta en un solo delito de lesa humanidad. En este sentido, un punto culminante de esta tendencia en Colombia, en el año 2010, ha sido el desarrollo de una tendencia moralista de cierto funcionario, quien, cercado por demonios que arrecian almas intransigentes y autoritarias, ha dicho que el aborto es un delito de lesa humanidad. Se trata de cómo la mera objeción de conciencia individual se convierte, por la fuerza del poder, en una hipostasiada y falsa objeción de conciencia colectiva; en este caso, el discurso de los derechos humanos y todo el desarrollo de los derechos humanos, que de manera loable han desarrollado, entre otros, el sistema interamericano o tribunales internacionales, se usa como instrumento de persecución política y moral. En este contexto, en nombre de los derechos humanos, son criminalizados sujetos con quienes no se comparten premisas morales. Y los ejemplos se multiplican.

3.4. Avance importante en la investigación del desplazamiento como delito autónomo

Contrastan estas conclusiones innecesarias del memorando con un esfuerzo interesante que se hace en él por desarrollar estrategias coherentes para investigar estos delitos de manera autónoma. Por ejemplo, con mucha claridad se reconoce en el documento la necesidad de “investigar las demás conductas que lo generaron”, con el propósito de construir auténticos contextos en los cuales tiene lugar la acción final del desplazamiento. De igual manera, acierta el memorando en la separación correcta y en la búsqueda por aclarar cuándo tiene lugar uno u otro delito, en la división de este, en los tipos penales en el caso colombiano, tanto en el horizonte de los crímenes de lesa humanidad como en el de los crímenes de guerra. En este caso, el documento avanza con una reconstrucción —esta sí consistente y oportuna— de jurisprudencia y normativa internacional, para dar claridad sobre cuándo puede tener lugar la ejecución del delito en cada una de las dos versiones. También avanza en el desarrollo interesante, citando por ejemplo autores como Kai Ambos, de fórmulas de imputación de responsabilidad a los autores y cómplices del desplazamiento, y en el desarrollo de estrategias más consistentes de investigación de los delitos, al lado de “factores de asociación y conexidad”.

Contrastan, se dice, estas conclusiones, además, con la práctica diaria de la misma Fiscalía, que en todo caso conserva el respeto celoso por los principios penales. Incluso, contrastan con otras conclusiones del mismo memorando y con el esfuerzo técnico por dotar a los fiscales de herramientas de investigación coherentes. Así, con el ánimo de citar un caso y ahondar en la crítica central al documento, en el mismo apartado sobre la supuesta excepción a la favorabilidad, en el memorando se confunde la expedición de amnistías groseras en países agobiados por dictaduras militares o indultos descarados de juntas militares para asegurar impunidad, con la inexistencia de normas específicas en un momento dado en el ámbito interno de un país. Así, según el documento, dichas amnistías, lo mismo que “las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación de sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos son inadmisibles, ya que dichas violaciones contravienen derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos”.⁴²

Pero en Colombia no se trata de nada de esto; no se trata de juzgar amnistías e indultos, cuestión ya discutible también de hecho. Tampoco se trata de juzgar sistemas cooptados totalmente por regímenes autoritarios o sistemas colapsados por la ineptitud o cercados por la mera política. Se trata, por el contrario, de saber qué norma se aplica para hechos constitutivos de desplazamiento forzado y, sobre todo, de establecer ámbitos sociales de ocurrencia de las conductas, para verificar la permanencia de la violación al bien jurídico tutelado —la permanencia del injusto de la conducta— y establecer cuándo cesa dicha violación o cuándo continúa y se deben aplicar las normas pertinentes. Incluso el mismo memorando, de manera acertada e inteligente, establece pautas razonables para medir en el tiempo la ocurrencia del delito, así como pautas para investigarlo en el horizonte fundamental de la macrocriminalidad.

⁴² *Ibidem.*

A MANERA DE EXCURSO: ASPECTOS PENALES FUNDAMENTALES RELACIONADOS CON LOS DELITOS DE DESPLAZAMIENTO FORZADO

Aclaración

El presente trabajo, como se ha percibido, se basa en el análisis de las relaciones y confusiones entre diversos ámbitos de protección de derechos humanos, a partir de la premisa necesaria de preservar la especificidad y los límites del derecho penal. No es un trabajo propiamente dogmático-penal. No obstante, en razón de que en el Grupo de Estudios se han adelantado discusiones muy ricas sobre aspectos dogmáticos relacionados, por ejemplo, con el delito de desaparición forzada y su carácter de ejecución permanente, se ha considerado oportuno, a manera de excursu, presentar la siguiente reflexión dogmática que puede servir a operadores judiciales —y no solo respecto del desplazamiento en sí— frente a los desafíos de imputación y sanción de delitos de esta complejidad. También, desde luego, puede ser útil a la discusión dogmática y académica.

Por ello, se considera importante destacar aspectos penales relevantes para ilustrar estos delitos que conciernen a una realidad dramática en el caso colombiano, pues se dice que existen en el país alrededor de cuatro millones de desplazados. Se escogen aspectos que pueden ser de mayor importancia desde el punto de vista comparado, de modo que desde la perspectiva colombiana se indague en fenómenos de carácter más global, que involucran aspectos penales fundamentales.⁴³

1 • De los tipos penales que consagran el delito de desplazamiento forzado en Colombia

Lo primero que es necesario advertir es que fue en la ley 589 del 2000 donde se tipificó por primera vez en Colombia el delito que se estudia. Esta Ley entró a regir el 7

⁴³ Para ahondar más en el tema, y con un estudio detallado de la jurisprudencia sobre desplazamiento forzado y de las diversas dificultades para imputar los delitos, así como propuestas de ámbitos sociológicos de aplicación de las normas, el autor se permite la remisión a su texto ya reseñado: Alejandro Aponte: *El desplazamiento forzado como crimen internacional en Colombia* (cit. nota 33).

de julio del año 2000.⁴⁴ Sin embargo, en razón de que el Código Penal, ley 599 del 2000, entró a regir el 24 de julio del 2001, se tiene que la ley 589 tuvo un tiempo de vigencia de prácticamente un año. Este periodo, tratándose de delitos de ejecución permanente, debe tenerse en cuenta incluso hoy, pues la misma Sala Penal de la Corte se ocupó en su momento de un caso en que tuvo lugar un desplazamiento forzado en el mes de abril del 2000, en vigencia de la ley 589 y antes del Código Penal. Ello le añade especial complejidad a la aplicación de la norma que consagra el delito. Para simplificar la exposición se reseña, tal como se hizo previamente, el delito en su versión actual. El Código Penal, ley 599 del 2000, contempla dos tipos penales referentes al desplazamiento forzado: el artículo 180, concebido con sus correspondientes circunstancias de agravación dentro del título III, “De los delitos que protegen la libertad individual y otras garantías”, capítulo V, “Delitos contra la autonomía personal”, y el artículo 159, como parte de los delitos que buscan proteger el DIH. Dichos artículos se refieren al desplazamiento forzado en los siguientes términos:

Artículo 180. DESPLAZAMIENTO FORZADO. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12), multa de seiscientos (600) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en interdicción de derechos y funciones públicas de seis (6) a doce (12) años.

No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.⁴⁵

De otro lado, en el capítulo dedicado a sancionar las infracciones al DIH, se consagra el desplazamiento forzado en conflicto armado como tipo penal:

⁴⁴ Para un estudio en detalle del proceso legislativo relacionado con este y otros delitos que constituyen crímenes internacionales, el autor se remite al primer trabajo elaborado para el Grupo de estudios latinoamericano sobre derecho penal internacional: “Persecución nacional de crímenes internacionales: el caso colombiano”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁴⁵ Por su parte, el artículo 181 consagra las circunstancias de agravación punitiva así: “La pena prevista en el artículo anterior se aumentará hasta en una tercera parte: 1. Cuando el agente tuviere la condición de servidor público. 2. Cuando se cometa en persona discapacitada, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada. 3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de conductas punibles o faltas disciplinarias. 4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado. 5. Cuando se sometiere a las víctimas a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Artículo 159. DEPORTACIÓN, EXPULSIÓN, TRASLADO O DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIÓN CIVIL. El que, con ocasión y en desarrollo del conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzosamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de diez (10) a veinte (20) años, multa de mil (1.000) a dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de diez (10) a veinte (20) años.

Debe aclararse, no obstante, que estos delitos, tal como se ha dicho, fueron regulados en primera instancia en la ley 589 del 2000, que adicionó en lo pertinente el Código Penal de 1980. Esta ley, del 16 de julio de ese año, tal como lo indica su artículo 18, entró a regir a partir de su publicación. El Código Penal, por su parte, entró a regir en el mes de julio del 2001, un año después de la expedición de la ley 599 del 2002, por la cual se dio vida a dicho Código. Es decir, la ley 589, que no solo incorporó el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180, sino que consagró por primera vez en Colombia la desaparición forzada o el delito de genocidio, tuvo una vigencia prácticamente de un año. Este tiempo es importante para analizar, en casos concretos, el tema relacionado con la permanencia del estado antijurídico, propio de los delitos de ejecución permanente, como lo es el delito de desplazamiento forzado. Su tenor era prácticamente el mismo, pero hay cambios importantes en la punibilidad.

1.1. Del tipo penal contenido en el artículo 180

1.1.1. Origen de la estructura normativa del tipo penal

Pese a que el proyecto original de la ley 589 del 2000 no contenía la tipificación de este innovador delito, su inclusión se justificó en la ponencia presentada en el primer debate del proyecto de ley ante el Senado, de la siguiente manera:

Si bien es cierto en la normatividad y la literatura universal referida a delitos de Lesa Humanidad no se considera como tales los comportamientos de masacre y desplazamiento forzado, nuestra realidad actual, el gravísimo conflicto armado que vive nuestro país, tiene que ser superior a esa normatividad internacional, y tener un peso específico tal que nos obligue a proponer como delitos de Lesa Humanidad los nuevos de masacre y desplazamiento forzado. Para justificar nuestra opinión tan solo pensemos en la ignominiosa situación de la persona desplazada contra quien se atenta en su dignidad [...] resulta verdaderamente lamentable el

vacío jurídico en el plano internacional sobre el fenómeno de los éxodos poblacionales que no sobrepasan las fronteras, pues solo se protegen de manera indirecta a través del derecho de los refugiados.⁴⁶

Hay que aclarar que el proceso de incorporación de este delito implicó la adaptación de la conducta a las particularidades propias del contexto colombiano, tanto en el artículo 159 como en el artículo 180. Entre las modificaciones que sufrió el tipo penal desde la disposición contenida en el proyecto original hasta el último debate se encuentra, de un lado, el cambio de la palabra *traslado* que emplea el Estatuto de Roma por la palabra *desplazamiento*,; con lo cual se adoptó el concepto jurídico, autónomo y particular creado en Colombia, en seguimiento a las políticas públicas que en un primer momento pretendieron regular el fenómeno.

1.1.2. Aplicación implícita del denominado elemento contextual en el caso colombiano

Pese a que, según la adaptación hecha por el Congreso, en la incorporación del tipo penal no se exige en el caso colombiano tener en cuenta el denominado *elemento contextual* —y por ello basta con que se desplace a un solo individuo para que se configure la conducta—, en la realidad los desplazamientos suelen ser múltiples o masivos o, cuando se da el de un individuo, el hecho tiene lugar en un contexto general de violaciones de derechos humanos o del derecho internacional humanitario. Además, de hecho, la escasa jurisprudencia que hoy existe en función de este delito instruye y sanciona casos de desplazamiento cuando se trata de un contexto general de violencia y no se ocupa de casos aislados. En este sentido, debe agregarse, incluso, que en la mayor parte de estos casos el delito de desplazamiento forzado se imputa en concurso material heterogéneo con el delito de concierto para delinquir. Esto ha dado pie para que el autor de este documento, en diversos escenarios internacionales, haga referencia al hecho de que el concierto para delinquir obre en la práctica casi como sucedáneo del elemento contextual: el carácter masivo, sistemático, concertado, propio de dicho elemento contextual en el derecho penal internacional parece filtrarse a través de la interpretación que nuestros operadores le han venido dando al delito de concierto para delinquir.⁴⁷

⁴⁶ Senado de la República, "Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998", en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

⁴⁷ Véase al respecto, Alejandro Aponte: "Colombia" (cit. nota 32), pp. 159-211.

1.1.3. *Sobre el sujeto activo*

Uno de los temas más complejos e interesantes, no solo respecto del delito de desplazamiento forzado, sino de otros delitos como desaparición forzada, es el hecho de que para la legislación penal colombiana, no se exige que el sujeto activo sea calificado, es decir, no se exige que sea, por ejemplo, un funcionario estatal o que sea un actor ligado a políticas generales e institucionales de violación de derechos humanos. El sujeto activo, en el caso colombiano, puede ser cualquiera, aunque la realidad demuestra que el sujeto activo está compuesto por solo ciertos actores —llámese paramilitares, guerrillas o bandas de narcotraficantes—, quienes producen desplazamiento (ello con independencia de la participación de funcionarios estatales). En la práctica resulta complicado que un individuo, aisladamente considerado, genere u ocasione un desplazamiento masivo de personas. El autor necesita incluso una estructura de poder que lo respalde, que le permita efectivamente contar con la fuerza suficiente para ocasionar el desplazamiento masivo. Así, un temor infundado parecería descansar, precisamente, en la posibilidad real de materializar la amenaza —evento en el cual la víctima se encuentra en total desprotección, porque el desplazamiento se relaciona, generalmente, con la dominación de la población y el territorio.

1.1.4. *Del modelo descriptivo de la conducta*

De manera sencilla, siguiendo a un autor que se acerca al tema, la conducta consiste en “lograr el cambio de residencia de una o varias personas de un mismo sector de la población mediante cualquier tipo de coacción”.⁴⁸ De ahí la consagración del tipo dentro de aquellos delitos que atentan contra la *libertad individual y otras garantías*, en su concreción como autonomía personal, pues el desplazado sufre un detrimento efectivo de su posibilidad de autodeterminarse y de elegir libremente el lugar donde desea residir y permanecer; sin embargo, la conducta punible es esencialmente pluriofensiva. Los desplazados (pese a que la conducta puede configurarse con el desplazamiento de un solo individuo, suele presentarse, como se ha dicho, de forma general, un desplazamiento sistemático y grupal de comunidades completas) son víctimas recurrentes de ultrajes contra su vida, su dignidad personal y su integridad corporal y física. De esta forma,

⁴⁸ Camilo Sampedor Arrubla: “Delitos contra la libertad individual y otras garantías”, en *Lecciones de derecho penal, parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 742.

más allá de la vulneración directa de su derecho a la libertad personal, o a su autonomía, hay un menoscabo evidente de sus derechos fundamentales a la familia, al domicilio, a la paz, al buen nombre. En palabras de la Corte Constitucional, todo un *estado de cosas constitucional* se configura alrededor del desplazado.⁴⁹

Es necesario mencionar, además, que se encuentra excluido de la conducta típica descrita en este tipo penal aquel desplazamiento efectuado o propiciado por la fuerza pública para proteger a los civiles. Esta excepción debe entenderse desde una política militar netamente restrictiva, que refiere a circunstancias específicas y especiales que hacen imperiosa esta residual forma de intervención; pero de ninguna manera como una forma de legalizar el desplazamiento cuando este ocurre con ocasión de las necesidades militares de las fuerzas armadas. Refuerza esta tesis la inclusión del adjetivo *arbitraria* que se adicionó tras suprimir el último inciso del artículo original del tipo penal que se comenta. Así, en el proyecto de ley se señaló: “la pena establecida en el inciso anterior se aumentará la mitad (1/2) cuando cualquiera de dichos comportamientos sea realizado por servidor público”.⁵⁰ Todo esto en virtud del IV Convenio adicional de Ginebra de 1949, relativo a la protección de la población civil, suscrito por Colombia, que autorizaba a la institución estatal correspondiente la posibilidad de permitir el traslado de dichas comunidades en razón de su seguridad o imperiosas razones militares. Ello implicaba, sin lugar a dudas, una justificación válida para ocasionar desplazamiento y, en esa medida, solo aquella determinación, amenaza, coacción o violencia realizada “arbitrariamente” estaría prohibida.

De otra parte, el verbo rector de la conducta aparece como un resultado: *ocasionar*. Se trata entonces de que se ocasione que uno o varios miembros de una población “cambie[n] de lugar de residencia”. Ahora bien, este resultado final debe ser consecuencia de una actuación “arbitraria” del sujeto activo, tal como se ha dicho, y el tipo penal refuerza este hecho constatando que puede ser “mediante violencia u otros actos coactivos” (independientemente de que se trata de delitos, en cuyo caso habría un concurso material). Prácticamente en todos los casos que se han instruido por la Fiscalía, el desplazamiento, el cambio de residencia, tiene lugar como resultado final, por decirlo de esta forma, aunque puede ser simultáneo a la comisión de homicidios, de extorsiones, de lesiones personales. No obstante, el mero hecho de la ocurrencia de las amenazas, directas o veladas, y más cuando se trata de actores armados que sustituyen a las autoridades

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004, MP: Manuel José Cepeda, numeral 7.

⁵⁰ Senado de la República, “Ponencia para primer debate al proyecto de ley número 20 de 1998”, en *Gaceta del Congreso* n.º 185, 1998, p. 6.

estatales, los afiches con amenazas generales que se colocan en mercados y otros lugares públicos y los actos arbitrarios sobre un territorio son suficientes para que tenga lugar el desplazamiento como delito.

Nótese que el tipo penal no hace referencia —y sí lo hace el artículo 159— a *desplazar* como verbo rector, sino al hecho de producirse un *cambio de lugar de residencia*, pero el título general que trae el tipo penal es el del desplazamiento, que en consecuencia debe entenderse como traslado de domicilio o residencia. (Para mayor claridad sobre los alcances posibles de esta noción, los operadores deben tener en cuenta todo el desarrollo conceptual que ha hecho la Corte Constitucional en función del desplazado como sujeto de protección especial.)⁵¹

1.1.5. Sobre el dolo para la imputación subjetiva

Respecto del dolo exigido por el tipo penal se puede afirmar, como lo hace un autor ya citado:

[...] en muchas ocasiones, si no en la mayoría, en que se presenta desplazamiento forzado como consecuencia de enfrentamientos de grupos armados, el propósito directo no es el desplazamiento de la población, aunado al hecho de que el tipo exige que el cambio de residencia sea producto de actividades arbitrarias, violentas o coactivas, lo que supondría acción directamente dirigida a desplazar. Creemos que en estos eventos estamos también en presencia de un desplazamiento forzado imputable a título de dolo eventual, en tanto que el resultado es previsible y el autor del enfrentamiento muestra indiferencia frente al resultado [...]. Aun cuando el agente no lo pretenda, estaremos en presencia de la conducta típica, por ser previsible su acontecer e indiferente el agente.⁵²

Es decir, para que se configure el tipo penal es indiferente si la intención original del actor era, en efecto, ocasionar el desplazamiento o no; mientras el hecho se produzca, fácticamente hablando, se debe imputar el tipo penal. También existen casos, desde luego, en los que existe el dolo directo. Se trata, por ejemplo, del caso en virtud del cual fue sancionado el jefe paramilitar alias H. H. por el desplazamiento forzado de un sindicalista, o de casos atroces que hoy son ventilados en los medios, de familias enteras

⁵¹ Véase, entre otros, el punto 3 de la parte VI de la sentencia n.º C-278, de 2007, de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado Nilson Pinilla Pinilla, en la que la Corte hace un recuento de los pronunciamientos más importantes de esta corporación sobre el tema.

⁵² Camilo Sampredo Arrubla: "Delitos contra la libertad individual y otras garantías" (cit. nota 48), p. 742.

perseguidas encarnizadamente por grupos irregulares. Incluso, en un mismo conjunto de hechos se pueden producir desplazamientos imputables a título de dolo directo y de dolo eventual.⁵³

1.2. Del tipo penal contenido en el artículo 159

1.2.1. *El conflicto armado interno como contexto general para la imputación de la conducta como infracción al derecho internacional humanitario*

Mientras el artículo 180 fue heredado de la tradición internacional de los *derechos humanos*, el artículo 159 fue concebido como parte de los delitos que buscan proteger las normas del DIH. En consecuencia, como lo establece el Código Penal, el tipo penal se refiere a las “personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario”. Por lo tanto, para que se tipifique la conducta, dichas personas y bienes especiales, deben estar inmersos, en aquello que se ha denominado “condiciones materiales de aplicación”, las cuales constituyen un conjunto de circunstancias contextuales entre las que se desarrolla la violación a las garantías mínimas que protege el derecho humanitario. Las vulneraciones son desplegadas en el marco de hechos de emergencia que conforman una situación distinta a la del orden público ordinario: los tipos penales relacionados con el DIH presuponen, en Colombia, la existencia de un conflicto armado.⁵⁴

Lo primero que es necesario advertir en relación con esta exigencia es que para el sistema judicial o para el sistema disciplinario la interpretación del elemento normativo

⁵³ El caso de Ever Veloza, alias *H. H.*, que se cita como ejemplo, fue reseñado en comunicado de la Fiscalía, en el que se señala: “Medellín, 22 de abril. El Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado OIT condenó en sentencia anticipada a Ever Veloza García, alias ‘H. H.’, ex cabecilla de los bloques Bananero y Calima de las AUC, a 62 meses de prisión. Los hechos investigados se registraron a finales del año 2000 y comienzos de 2001, cuando integrantes del bloque Calima obligaron al desplazamiento forzado del líder sindical, Freddy Ocoró, miembro de Sintra municipio de Bugalagrande (Valle). A Veloza García, postulado a la Ley de Justicia y Paz, se le reconoció una tercera parte de la rebaja en la pena por acogerse a sentencia anticipada; figura que utilizó de igual modo al aceptar su autoría en los homicidios de los también sindicalistas Basilides Quiroga Muñoz y Roberto Cañarte Montealegre, perpetrados en la misma localidad vallecaucana, en agosto y noviembre del año 2000, respectivamente. Los delitos referenciados ya fueron confesados por el ex cabecilla paramilitar ante la Unidad Nacional para la Justicia y Paz”.

⁵⁴ Para ahondar en esta reflexión y haciendo acopio de toda la gran tradición colombiana de tematización del conflicto armado interno y de limitación de sus efectos, todo ello sobre el supuesto en Colombia de “humanización” del derecho internacional humanitario, se permite la referencia al libro de Alejandro Aponte: *Persecución penal de crímenes internacionales: diálogo abierto entre la tradición nacional y el desarrollo internacional* (cit. nota 8), pp. 17 ss.

del tipo penal y la consecuente categoría del derecho disciplinario es independiente de la valoración que el Poder Ejecutivo hace de la existencia o no del conflicto armado interno en una coyuntura específica. Desde luego, en el sistema judicial, tanto la Fiscalía General de la Nación como los jueces no son ajenos a las enormes discusiones que han tenido lugar en el Poder Ejecutivo sobre la existencia o no del conflicto armado; sobre todo en el caso del saliente Poder Ejecutivo. No es ni puede ser ajena a las presiones del Poder Ejecutivo sobre el sistema judicial para que lo reconozca o no y para que, en lugar de aplicar normas propias del DIH, aplique normas de la legislación penal antiterrorista, por ejemplo. Pero, como se dice, la independencia de los operadores y su autonomía hacen que su valoración de este elemento normativo se adelante con independencia de las presiones políticas de turno. De hecho, puede decirse que todo el sistema judicial, en conjunto, acepta la existencia del conflicto armado interno como hecho fáctico fundamental.⁵⁵

1.2.2. Sobre los orígenes de las normas humanitarias

El derecho internacional en su versión más clásica, aquella relacionada con *el ius publicum europaeum*, anterior a las guerras mundiales del siglo XX,

[...] reconocía tres clases de conflictos armados. El primero era la guerra, cuyo inicio partía de declaraciones formales de los Estados, con la consecuencia de que se aplicaban las normas del Derecho de la guerra entre las partes y las normas de neutralidad respecto de terceros Estados. El segundo era la guerra civil, que se consideraba un asunto de interés interno de los Estados [...]. Finalmente se contemplaba la posibilidad de actos de los Estados en los que recurrieran al uso de la fuerza, pero sin configurar un estado de guerra [...].⁵⁶

Sin embargo, tras la expedición del artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas quedaron prohibidos tanto la guerra como el uso de la fuerza o de la amenaza entre Estados, más allá de la guerra misma.

⁵⁵ A propósito, véase el trabajo del autor en el cual recoge todos los elementos reunidos por la jurisprudencia nacional —especialmente la Sala Penal— alrededor de la existencia del conflicto armado interno, el cual es explícitamente aceptado por el juez penal desde hace décadas. Alejandro Aponte: “Civiles y conflicto armado en la jurisprudencia de la sala penal de la corte suprema de justicia”, en *Derecho penal y criminología*, Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, vol. xxvii, n.º 81, mayo-agosto de 2006, pp. 15-46.

⁵⁶ Roberto Vidal: *Derecho global y desplazamiento interno. Creación y uso del concepto de desplazamiento forzado por la violencia en Colombia*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, diciembre de 2007, p. 31.

Hoy en día, cualquier acto de hostilidad armada, en un sentido más objetivo y fáctico del término, sin necesidad de declaración jurídica y sin reconocimiento del estatus de beligerancia a los insurgentes, es regulado por los 4 Convenios de Ginebra de 1949 y sus respectivos protocolos I y II adicionales —conjunto normativo que redefinió la clásica división anteriormente nombrada y solo distingue conflictos armados entre Estados y conflictos armados dentro del Estado mismo o conflictos armados internos—. ⁵⁷ Por lo demás, esta distinción está presente también en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (Se trata aquí, desde luego, de una reseña sintética y en función del texto, de fenómenos muy complejos.)

En conclusión, hoy en día, y con ello induciendo más el caso colombiano, el elemento normativo que consagra el tipo penal contenido en el artículo 159 hace referencia, en el ámbito internacional, a un concepto jurídico contenido en el artículo 3 común de las 4 Convenciones de Ginebra de 1949, en el Protocolo II adicional —ambos referidos a los conflictos armados no internacionales— y a las guerras civiles que cubre el régimen clásico anterior a 1949. No obstante, es necesario establecer que dicha referencia jurídica, en el caso interno y conforme a interpretaciones del juez constitucional colombiano, ha sufrido variaciones que deben ser matizadas teniendo en cuenta la realidad interna del país y los elementos del derecho internacional que se hacen insoslayables.

1.2.3. La confluencia de lo fáctico y lo normativo en la configuración de la conducta

Es correcto afirmar que, más allá de una declaración formal de guerra civil, por ejemplo —y es el caso colombiano—, se deben considerar hechos que sin duda hacen prever la circunstancia precisa de la existencia de un conflicto armado o de hechos constitutivos de este. Con ello se evita que, por encima de la Carta Política, el respeto al derecho humanitario dependa justamente de que el Poder Ejecutivo, por ejemplo, reconozca su existencia o entre a declarar formalmente la existencia de una guerra civil. (Si no lo

⁵⁷ Es importante aclarar —y esto tiene mucho que ver con confusiones que hoy siguen teniendo lugar y con dificultades para aplicar el derecho internacional humanitario— que, tal como lo dispone el artículo 3 común a los convenios de Ginebra, su aplicación no tiene implicación sobre el estatuto de las partes: es una constatación fáctica sin adentrarse en los motivos de la guerra o en variables propias de la noción de *justa causa*, por ejemplo. Ello también tiene implicaciones muy importantes sobre el sistema judicial, como se verá en seguida, ya que no presupone el reconocimiento de beligerancia de un actor como condición para aplicar las normas humanitarias. (Hecho distinto, desde luego, del reconocimiento de combatiente en un sentido también fáctico, para diferenciarlo de meros actores ligados a delincuencia común o a grupos mafiosos, por ejemplo. Ya se hará relación en este sentido a decisiones de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía.)

hace, no se aplicaría el derecho humanitario, aunque fácticamente haya circunstancias propias del conflicto armado, y se debilitaría su campo de protección.)

Ello es fundamental, además, por el hecho de que el derecho humanitario, en su sentido más amplio, se aplica con independencia de las razones de la guerra, con independencia de la autorrepresentación de los actores, de las valoraciones que ellos mismos hagan de la situación y, sobre todo, de las víctimas que producen. Así, una persona es persona protegida con independencia de que lo digan el Poder Ejecutivo o los actores armados como señores de la guerra. Es una condición que no depende de consideraciones valorativas de los actores inmersos en escenarios de confrontación.

Pero, una vez que se ha logrado aclarar cuestiones de principio sobre el DIH, es necesario acudir a fundamentos que, si bien son esencialmente fácticos, luego han sido positivizados a través de normas jurídicas, y que son aportados por el Protocolo en mención y, en general, por el DIH. Es así como, para citar el caso concreto de la Fiscalía, esta institución, en providencias muy interesantes, para interpretar más correctamente el elemento normativo *conflicto armado* —en ocasión y en desarrollo de este—, destaca la necesidad de probar la existencia de tres condiciones, a saber: a) que se trata de actores con mando responsable —esto es fundamental en derecho penal internacional, pues lleva a las nociones de superior jerárquico, de cadena de mando, etcétera—; b) que exista apropiación o presencia o dominio territorial —incluso actores que tengan un dominio territorial más nómada, es decir, que circulen en un territorio extenso, cumplen esta condición—, y c) que los actores ejerzan acciones concertadas sobre un territorio. (Hay un pronunciamiento muy interesante de la Fiscalía General de la Nación, en el cual se analizan uno a uno estos tres requisitos y se deduce de ellos que los actores que los cumplen están regidos por el DIH.)⁵⁸

Este es un hecho fundamental, por ejemplo, en el caso del desplazamiento forzado: si por efecto de estas acciones concertadas, adelantadas durante largos períodos de dominio y presencia territorial, se produce un desplazamiento de las personas de su lugar, tiene ocurrencia el delito. Así, estas condiciones son fundamentales, y su ocurrencia, a pesar de estar reforzada por aspectos que son normativos y del derecho internacional, no depende de la declaración formal de una guerra civil o, incluso, de la declaración de beligerancia de un actor. Además, permite diferenciar de actos meramente delinuenciales, anarquistas, aislados, o de meros tumultos o desórdenes que no constituyen acciones de conflicto armado interno. En el caso colombiano, por tradición, además, todos estos

⁵⁸ Fiscalía General de la Nación, Unidad de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, Despacho Diecisiete, proceso n.º 1668, 4 de marzo del 2004.

elementos concurren, por ejemplo, en las acciones de las guerrillas, y ahora —en providencias muy interesantes de la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía y sobre todo en el proceso de Justicia y Paz— concurren en grupos de autodefensas, una vez que se han detectado su composición de mando, su presencia y dominio o disputa territorial, y el hecho de adelantar acciones concertadas sobre un territorio. (Además, por su puesto, de constatar las acciones permanentes de amedrentamiento contra la población civil que las soporta en territorios cooptados y privatizados.)

1.2.4. Características específicas del tipo penal contenido en el artículo 159

Como ya se dijo respecto de esta norma, ella está situada dentro de las infracciones al DIH. Este es el bien jurídico protegido por la norma; no obstante, se trata de un tipo penal pluriofensivo, que también protege la autonomía personal, la libertad y otras garantías y, con ello, otros bienes jurídicos que son lesionados con la conducta. Lo que sucede es que su ámbito de protección se concibe en función de la persona protegida, sobre todo de aquella contenida en el numeral 1 del párrafo del artículo 135, es decir, la población civil no combatiente.

El tipo penal prácticamente no ha sido aplicado todavía en el país; los casos han llegado por vía del artículo 180. (Esta conclusión debe matizarse, no obstante, a partir del hecho de que, en el marco de Justicia y Paz, sí se vienen dando discusiones muy interesantes sobre la posible aplicación del artículo 159.) El tipo penal contiene acciones que, más allá de constituir verbos rectores, constituyen categorías, son conceptos trabajados por la jurisprudencia internacional. Por esta razón, se trataría de un tipo penal en blanco, más que de una norma que contiene todos los verbos rectores comprensivos en sí mismos. Por ejemplo, la norma trae tres conceptos diferentes que son *expulsión*, *deportación* y *traslado o desplazamiento forzado*, pero cada uno de ellos constituye, más que una acción en sí, un concepto que debe ser llenado de contenido. Para ello, un operador puede —como de hecho se hace— ir directamente al artículo 180 y así brindar contenido específico a una categoría establecida, sin hacer giros para llenar de contenido el artículo 159 de manera indirecta.

A continuación se hará referencia al carácter de ejecución permanente que tiene el delito en sus dos versiones. Se destaca así uno de los aspectos más interesantes de las normas desde el punto de vista penal, sin entrar en un estudio más en profundidad del delito, que se ha hecho en textos ya citados y que se pueden consultar.

2. El desplazamiento forzado como un delito de ejecución permanente

El hecho de que el delito que nos ocupa sea un delito de ejecución permanente es fundamental para la imputación correcta del tipo penal de desplazamiento forzado, ya que la mayoría de los hechos constitutivos del delito, tal como ha ocurrido en la Ley de Justicia y Paz, fueron cometidos en vigencia del Código Penal de 1980, en el cual no existían los dos tipos penales que hoy en día hacen relación a este hecho especialmente grave. En consecuencia, para imputar será necesario establecer pautas básicas para entender cómo se da este delito en la realidad fáctica y cómo se debe aplicar la ley en el tiempo. Una vez que se ha adelantado este análisis, se harán consideraciones acerca del fenómeno de la prescripción y de la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

El punto de partida para la consideración del delito como uno de ejecución permanente puede ser la definición clara y precisa que de este tipo de delitos introduce Roxin y que se repite en numerosos autores: “Son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo, sino que se mantiene por la voluntad delictiva del autor tanto tiempo como subsiste el estado antijurídico creado por el mismo”.⁵⁹ Varios elementos se deducen de la anterior definición. En primer lugar, y este es el hecho fundamental que deben tener en cuenta los operadores para imputar el delito, se encuentra la noción de *estado antijurídico*. Esto lo recalca Jescheck, por ejemplo, cuando enfatiza el hecho de que “en los delitos permanentes el mantenimiento del estado antijurídico creado por la acción punible depende de la voluntad del autor, así que, en cierta manera, el hecho se renueva constantemente”.⁶⁰

⁵⁹ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general*, tomo I: “Fundamentos. La estructura de la teoría del delito”, Madrid, reimpresión, 1990, p. 329.

⁶⁰ Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general*, 4.ª edición corregida y ampliada, Granada, 1993, p. 237. Esta consideración jurídica se corresponde exactamente con la sociología del delito. Se trata incluso de una correspondencia de lenguaje: “[...] el desplazamiento como estrategia ha tendido a convertirse en permanente, de manera que los actores armados buscan consolidar su control territorial para instaurar o controlar procesos de producción de cultivos ilícitos y garantizar el tráfico de armas e ingreso ilegal de divisas, entre otras cosas. En muchos de estos casos se produce una ‘sustitución de la base social’, de manera que la población desplazada es reemplazada por personas afectas al respectivo actor armado, y a ellas les son transferidos activos tales como tierra e inmuebles”. Edgar Forero: *El desplazamiento interno forzado en Colombia*, Washington, 22 de septiembre del 2003, p. 4, disponible en <http://www.ideaspaz.org/eventos/download/edgar_forero.pdf>. El desplazamiento forzado ha estado ligado a empresas masivas de expropiación de las tierras de los campesinos. Esa es una de sus características fundamentales: estrategia de guerra, como estrategia de apropiación de tierras.

Aquí se destaca también la voluntad del actor, tal como lo hace la jurisprudencia colombiana en providencia que es hoy seguida por la Sala Penal y que aclara puntos básicos:

[...] un comportamiento *único* que inicia la vulneración o puesta en riesgo del bien jurídico y, *sin solución de continuidad*, mantiene en el tiempo la ofensa a ese interés hasta cuando el autor, por voluntad propia, deja de lesionarlo, o hasta cuando por otra razón, por ejemplo, la muerte de la víctima, su huida, el arresto del agente o la clausura de la instrucción, desaparece el daño o el peligro al interés o valor tutelado.⁶¹

Esta renovación del hecho, además, se da a través de actos concretos —también de omisiones, como se verá—; es decir, no se trata de una acción única que se agote en el tiempo, sino de un conjunto de acciones y de omisiones perpetuadas en un periodo determinado, lo que no significa, desde luego, que sean varios delitos. En este caso habrá un concurso, como es lógico; por esa razón y para efectos procesales y de aplicación de la ley en el tiempo, asiste razón a la mayoría de la doctrina que lo considera como un solo delito o que lo denomina también *delito único*.⁶²

Los ejemplos que agregan los dos autores citados, tanto Roxin como Jescheck, son ejemplos convencionales en los cuales no están presentes los crímenes internacionales, pero ilustran nuestra reflexión: detención ilegal, allanamiento de morada, conducción en estado de embriaguez, etcétera. Autores colombianos como Fernando Velásquez, aunque sin explicación en detalle, mencionan al lado del secuestro o del concierto para delinquir el delito de desplazamiento forzado como delito de ejecución permanente. (El autor restringe la mención al artículo 180, pero debe entenderse también el artículo 159.)

Lo señalado no pierde sentido incluso si el delito no es un delito de mera actividad y, por ende, si se entiende que el desplazamiento forzado, artículo 180 por ejemplo, exige que se *occasione* efectivamente el desplazamiento. Por eso, según Roxin, “los delitos permanentes son en su mayoría delitos de mera actividad, pero también pueden ser

⁶¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia con radicado n.º 22813, del 30 de marzo de 2006, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón, p. 9. Es necesario aclarar que esta providencia ha tenido lugar en el contexto del delito de inasistencia alimentaria y fue la que varió posturas de la Sala Penal anteriores, en las cuales el acento estaba más ligado al fraccionamiento del delito en hechos independientes, pero de ese delito en particular. Hoy incluso se discute si es de hecho un delito de ejecución permanente. Lo importante es, además, destacar que en los ejemplos que cita la Corte, como el caso de la huida, precisamente en el desplazamiento forzado no sería conducente, porque es una de las circunstancias en las que justamente el delito continúa ejecutándose.

⁶² Liszt-Schmidt: *Tratado de derecho penal*, II: “Filosofía y ley penal”, Buenos Aires, 1964, p. 636. Texto citado en la providencia inmediatamente reseñada, p. 7.

delitos de resultado en caso de que un determinado resultado constantemente vuelva a realizarse de nuevo al mantenerse el estado antijurídico”.⁶³ El acento está en el injusto. Para nuestro caso, de una vez es importante comprender que es necesario enfatizar, en función del injusto, la violación permanente de la autonomía personal. Es, como se ha dicho, dentro del capítulo contra la autonomía personal, en el contexto más genérico de la libertad y otras garantías, que se sitúa el delito de desplazamiento forzado en su versión del artículo 180.

Una pregunta surge en este momento como fundamental: ¿Cómo se demuestra, en el caso del desplazamiento forzado, la preservación en el tiempo de un estado antijurídico? ¿Ello se reduce a las acciones y omisiones del sujeto activo o también debe tenerse en cuenta el sujeto pasivo, más aún, la víctima o el perjudicado de acuerdo con nuevas terminologías? ¿Hasta dónde debe comprenderse y tiene significado el hecho de ser *desplazado* contra la propia voluntad, de huir de manera permanente, de verse forzado contra su autonomía?

Frente a este cúmulo de preguntas, y como ocurre con la mayoría de los casos relacionados con crímenes internacionales, es la realidad del hecho mismo la que debe dar respuesta. Por ejemplo: una persona, un sindicalista, para citar un caso específico por el cual se ha condenado en justicia ordinaria a un procesado en Justicia y Paz, con el alias de *H. H.*, es desplazado directamente por el jefe paramilitar, es decir, mediante actos arbitrarios —amenazas directas, por ejemplo— y, según el tipo penal, se *ocasiona* el desplazamiento de la persona. El sindicalista permanece oculto, huye, se refugia en otro territorio, y con este hecho se menoscaba claramente su autonomía, su poder de decisión sobre el lugar donde quiere residir. Es, en el más puro sentido de la palabra, *forzado* su desplazamiento del lugar; su voluntad, su autonomía se encuentra *forzada*, para reseñar el valor de esta palabra. Es decir, se menoscaba de manera permanente dicha autonomía como bien jurídico tutelado.

Ahora, lo interesante en este caso es que si se imputa, en el contexto del conflicto armado, el artículo 159, el bien jurídico es en principio el DIH, pero, como se trata en todo caso de un tipo penal pluriofensivo, hay que tener en cuenta la noción de autonomía personal que se desconoce con la acción que se renueva en el tiempo (o la omisión). En todo caso, también es muy interesante pensar, desde el punto de vista de la población civil no combatiente, la violación permanente de las leyes de la guerra, en situaciones como el desplazamiento forzado, la toma de rehenes, el reclutamiento forzado, etcétera.

⁶³ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 329.

Son temas para seguir reflexionando y respecto de los cuales la dogmática debe enriquecerse con estas nuevas exigencias de fundamentación.

Debe decirse que durante todo el tiempo en que dicha situación tenga lugar, en que se afecte la autonomía como expresión de la libertad como está concebido en el Código, se está produciendo el *estado antijurídico* connatural al delito de ejecución permanente.

Pueden suceder dos cosas para simplificar el caso y para observar el problema central de la voluntad del autor. Puede suceder que la persona siga siendo amenazada, así sea veladamente, en el nuevo territorio que ocupe (por esa razón muchos desplazados quedan de hecho por fuera de toda acción de políticas públicas: se trata de seguir en el anonimato y así preservar la vida), o puede suceder que, aunque no haya amenazas directas posteriores, la orden sea no dejar regresar al desplazado a su territorio de origen. En ambos casos sigue manteniéndose el estado antijurídico y puede decirse que en ambos casos se mantiene también la voluntad del actor.⁶⁴ Ello incluso si durante algunos periodos se entra en una especie de pausa o de interrupción de los actos arbitrarios.

Es decir, para darse una voluntad del actor no se requiere que durante cada minuto del tiempo del desarraigo una persona sea efectivamente amenazada, lesionada o constreñida. Por eso, con razón recalca Zaffaroni: “La permanencia del delito no cesa aunque se hayan producido cortas interrupciones que en rigor no han tenido el efecto de hacer cesar el estado”.⁶⁵

Incluso —y este es un hecho muy interesante— siguiendo a Jakobs se puede agregar que “en algunos delitos, los permanentes en sentido estricto, el injusto se va intensificando al aumentar la medida del ataque a un bien jurídico por medio de un obrar u omitir posterior del autor”.⁶⁶ Se trata de un hecho clave para entender sociológicamente las formas en que se da el delito: la(s) persona(s) desplazada(s) puede(n) seguir sufriendo amenazas en el lugar donde se encuentren, pueden agregarse nuevos actores —por ejemplo, cómplices

⁶⁴ Esta voluntad se puede dar, además, a través de inducciones en error a las víctimas desplazadas. Por ejemplo, en un contexto degradado —típico de la sociología de este delito—, teniendo lugar un desplazamiento múltiple de una población, puede suceder que unas personas quieran regresar, pero por rumores de otros desplazados, inducidos incluso por situaciones generadas por los actores del desplazamiento mismo, no regresan. Ello en caso de que en realidad existan en principio las condiciones para que se dé el regreso; por ejemplo, si los actores armados han sido expulsados del territorio o no tienen dominio sobre él, pero pretenden seguir atados al usufructo de las tierras de los desplazados, etcétera.

⁶⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2002, p. 859.

⁶⁶ Günther Jakobs: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª edición corregida, Madrid, 1997, p. 208.

partícipes contratados para continuar las amenazas— y puede, incluso por omisión, aumentar la medida del injusto.

Piénsese, para citar un caso, que a través del desplazamiento —y este es un hecho subrayado por los instrumentos internacionales— el actor coloca a la víctima en una situación especial y permanente de vulnerabilidad, en una situación de fragilidad para su vida, su integridad; no obstante, no se despliega una conducta para evitar que ello ocurra —por ejemplo, para propiciar que las víctimas regresen a sus tierras, para que recuperen los bienes, para que cese su estado de fragilidad—. Este es un hecho que se discute en Justicia y Paz de cara a las fórmulas de reparación concretas y tiene, además, repercusiones específicas frente a la misma desmovilización y sometimiento a la justicia.

Por ejemplo, si una persona desmovilizada sigue influyendo a través de amenazas o, en todo caso, y para preservar propiedades, impide el regreso de desplazados, mantiene una estructura de poder, de mando, y en realidad no se ha desmovilizado. Ello tiene repercusión sobre todo el proceso. El problema de la omisión en los delitos de ejecución permanente es ciertamente relevante.⁶⁷

El caso de numerosas personas que se han desplazado y que, por decirlo así, no han sido desplazadas directa sino indirectamente, y respecto de lo cual la imputación se haría a título de dolo eventual, puede representar mayores dificultades para ser imputado correctamente el tipo penal. Pero aquí el caso del anonimato y de lo masivo de las víctimas no desconoce el hecho central de la permanencia del estado antijurídico. Las personas no regresan: unas van a un sitio del país, otras a otro; se disgregan, se dividen, pero en todo caso su temor permanece y, desde luego, la falta de dominio de su autonomía: así quieran regresar no pueden hacerlo, no les es posible. La razón principal que ocasionó su desplazamiento —la violencia generalizada—, la presencia de actores ilegales, la paraestatalidad clara, se mantienen; de allí que la situación antijurídica persista.

2.1. Delito de ejecución permanente y aplicación de las normas penales en el tiempo

Una vez que se tienen elementos claros que permiten establecer que el desplazamiento es un delito de ejecución permanente, surge un hecho central que debe ser resuelto en función de la implementación de fórmulas correctas de imputación de la

⁶⁷ Jakobs coloca un ejemplo relativamente sencillo: en el caso de la detención ilegal, tiene lugar lo dicho sobre la intensificación del injusto, “en caso de que el autor mantenga la privación de la libertad mediante su comportamiento, o sea, si sujeta a la víctima (acción) o no la libera (omisión)”. *Ibidem*, p. 208.

conducta de desplazamiento forzado, preservando los principios centrales del derecho penal en el Estado de derecho: las normas del Código Penal que deben ser aplicadas. Como se sabe y se ha dicho, una gran mayoría de hechos narrados por los desmovilizados ocurrieron antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Penal del 2000, con vigencia desde julio del 2001. De esta forma, la pregunta debe dirigirse al carácter mismo del delito y a los actos que lo convierten en delito de ejecución permanente y al momento en que se han cometido dichos actos. (Se debe tener siempre en cuenta, además, el periodo de vigencia de la ley 589 del 2000.)

Lo que primero debe aclararse es que tanto la legislación como la jurisprudencia colombianas optan por la denominada *teoría de la acción, consagrada* en el artículo 26, que se refiere al “tiempo de la conducta punible” y establece que “la conducta punible se considera realizada en el tiempo de la ejecución de la acción o en aquel en que debió tener lugar la acción omitida, aun cuando sea otro el resultado”. Esta teoría sirve para resolver cuestiones atinentes al ámbito temporal de aplicación de la ley penal, problemas que ya se habían planteado otros autores clásicos que, si bien en otro momento, lo resolvieron con toda claridad, sin desconocer la fundamental prohibición de retroactividad.

Por ejemplo, Welzel aseguraba ya en su momento que para la “cuestión de la antijuridicidad, de la culpabilidad y la punibilidad, es decisiva la situación al tiempo de la ejecución de la acción; indiferente es la situación al tiempo de la producción del resultado”.⁶⁸ De igual manera, en Italia otro autor clásico hacía referencia a la ejecución de la “actividad”, según la cual “el momento realmente decisivo del delito es el de la conducta, porque en él se comprende la rebelión del individuo a la ley, que caracteriza el ilícito penal”. Además, y agregando una consideración político-criminal propia del autor, concluye que “solo en dicho momento puede desenvolverse la eficacia intimidativa que es inherente a la norma”.⁶⁹

Por su parte y más recientemente, Roxin, quien da cuenta de la ley alemana similar en todo sentido al artículo 26 colombiano ya citado, y en la cual se acentúa la aplicación

⁶⁸ Hans Welzel: *Derecho penal alemán. Parte general* (traducción de la 11.ª edición en alemán), Santiago de Chile, 1970, p. 43. Asimismo, Baumann, haciendo alusión al origen en la Constitución de Maryland de 1776, artículo 15, de la prohibición de retroactividad y a su vinculación a través de la revolución francesa a la tradición continental y su apoyo en autores como Feuerbach, establece: “[...] en el contexto de la validez temporal, un hecho es jurídicamente perpetrado solo cuando el autor lo ha cometido efectivamente. La eventualidad de un resultado posterior en el tiempo se hace irrelevante”. Jürgen Baumann: *Strafrecht I*, Tübingen, 1960, p. 89.

⁶⁹ Francesco Antolisei: *Manual de derecho penal*, Buenos Aires, 1960, p. 92. Concluye así el autor: “Por ello consideramos que el delito se debe entender cometido en el tiempo en que el sujeto ha realizado la conducta prohibida por la norma y, por ello, en el caso de sucesión de leyes, debe aplicarse la que en aquel se encontraba en vigor”.

de la “ley que está vigente al momento del hecho”, concluye que el momento del hecho “es el momento en el que ha actuado el autor o el partícipe, o, en el caso de omisión, en el que tendría que haber actuado. No es decisivo cuándo se produzca el resultado”.⁷⁰ Así, “en el caso de los delitos permanentes puede ocurrir que se modifique la ley durante el tiempo de su comisión; por ejemplo, que se agrave la pena para determinadas formas de detención ilegal durante el transcurso de una detención prolongada; en tal caso, se aplicará la ley que esté vigente en el momento de terminación del hecho”.⁷¹ Así lo recalca finalmente Jescheck: en los “*delitos permanentes* habría que ver si la situación antijurídica creada por el autor se prolonga hasta después de entrar en vigor la nueva ley. Por ello, en los delitos continuados y en los permanentes, el tiempo de comisión se extiende linealmente hasta la *terminación* del hecho”.⁷²

2.2. Diferencia entre consumación y agotamiento: una herramienta apropiada de interpretación de los hechos

Una consideración de Zaffaroni puede introducirse en este contexto. El autor, en este tipo de delitos, diferencia entre *consumación* y *agotamiento*. Parte de la base, tratándose en general de todos los delitos, de que “siempre la consumación es el presupuesto del agotamiento, pero no en todos los delitos puede tener lugar antes del agotamiento”.⁷³ Así, esta separación sería posible en los delitos continuados, lo cual quiere decir, en el caso del desplazamiento, que el hecho mismo de ocasionarse un desplazamiento, en un solo acto, puede consumarse, puede ser sinónimo de realización del tipo, pero no se produce con ello un agotamiento efectivo de la conducta. Así, según el mismo autor, esta separación tiene los siguientes efectos:

[...] a) en cuanto a la participación, porque haría típica la acción del que interviene antes del agotamiento; b) en orden a la prescripción, porque comenzaría a correr desde el último acto del agotamiento; c) en punto de la realización de circunstancias agravantes introducidas con posterioridad a la consumación, que harían lugar a una tipicidad calificada.⁷⁴

⁷⁰ Claus Roxin: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 59), p. 162.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² Hans-Heinrich Jescheck: *Tratado de derecho penal. Parte general* (cit. nota 60), p. 124.

⁷³ Eugenio Raúl Zaffaroni: *Derecho penal. Parte general* (cit. nota 65), p. 821.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 821. Respecto de la prescripción, es muy importante lo expuesto por Zaffaroni, ya que coincide justamente con el caso colombiano, en el cual, de acuerdo con el artículo 84 del Código Penal, en el caso de los delitos de ejecución permanente, el término de prescripción comienza a contarse “desde la perpetración del último acto”.

Esta noción de agotamiento debe entenderse en función de lo ya expuesto sobre la continuación de *actos* que hagan que el delito *continúe* produciéndose. Así, por ejemplo, si se produce un desplazamiento en el año 1999, bien sea a título de dolo directo o dolo eventual, en ese momento se ha realizado la conducta establecida en el tipo, se ha ocasionado el desplazamiento. La persona se desplaza, contra su voluntad y viendo afectada su autonomía, e inicia un itinerario oprobioso propio de las circunstancias sociológicas que acompañan este delito. La persona se sitúa con su familia en la capital de un departamento, sigue huyendo durante todo el año 2000; recibe, una vez que ha sido ubicada al lado de otros desplazados, amenazas en las que se le dice que no puede regresar. Dichas amenazas se producen a finales del año 2000 y se reiteran de manera intermitente a lo largo del año 2001. Al final de este año, la persona, que ya no recibe amenazas directas del actor que la ha desplazado —un jefe paramilitar que operaba en la zona y que conocía bien al sujeto pasivo y condenó sus actividades políticas, por ejemplo—, quiere regresar al lugar que habitaba y no puede hacerlo porque los actores siguen presentes en dicha zona, razón por la cual no estaría segura su vida ni su integridad.

En este caso, los actos cometidos por el actor, que hacen parte de la continuación del estado antijurídico que precisan los delitos de ejecución permanente, se siguieron produciendo, tanto en vigencia de la ley 589 del 2000, como en vigencia del Código Penal. De acuerdo con el artículo 6, que consagra el principio legal y constitucional básico y fundamental de la legalidad, dicho delito, la norma que lo contiene, es “preexistente al acto que se le imputa”. Es decir, esos actos, que pueden además ser omisiones —las amenazas veladas, el hecho de no hacer nada para el regreso, mensajes velados para todos los desplazados sobre su imposibilidad de retorno—, originados después de esa fecha de julio, son actos que pueden ser imputados como actos propios del delito de desplazamiento. No se trata de aplicación retroactiva de la ley, ni se trata de la conversión en el tiempo de un delito en otro. Se trata, luego de las consideraciones fundamentales hechas con anterioridad, de tener en cuenta *actos* propios del delito en cuanto delito de ejecución permanente.

El término *actos* y no una acción, por ejemplo, que discurra en el tiempo y que sea difícil de probar o de constatar sociológicamente, está confirmado en el artículo 84, inciso 2.º, ya citado, que se refiere, en términos de prescripción, al “último acto” perpetrado.

Otros autores, aunque no distinguen de esta forma tan fina entre consumación y agotamiento, apuntan en realidad a lo mismo. Por ejemplo, se dice, una vez aclarado que el delito de ejecución permanente supone la continuación de un estado antijurídico, que “dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se *sigue consumando*”

hasta que se abandona la situación antijurídica”.⁷⁵ O, también que en este tipo de delitos “el tiempo de comisión comprende todo el lapso transcurrido desde el instante de la manifestación de la conducta hasta que cesa de ejecutarse”.⁷⁶

Otra cosa distinta sería el siguiente caso: la persona es obligada a desplazarse contra su voluntad en el mismo año de 1999. En el año 2000 es amenazada para que no regrese, pero, luego de decisiones políticas, algún actor armado prevé todas las condiciones para el regreso de dicha persona y esta, con su familia, regresa, se asienta de nuevo y vive en condiciones mínimas de seguridad, todo ello antes del mes de julio de 2001. En este caso, en el año 2008 o 2009 no se podría imputar el delito de desplazamiento forzado, a pesar de que por hechos objetivos se trate efectivamente de dicho delito. Simplemente no existía este al momento de la comisión de la conducta objetivamente. (En este caso se imputa el delito de constreñimiento ilegal, que puede ser agravado.)

Tampoco podría imputarse el mismo delito si, antes del mes de julio de 2001, la persona fue reubicada, si a sus hijos se les ha dado educación en el nuevo lugar, si ha podido conseguir estabilidad mínima y una mínima seguridad; y, sobre todo, si ha recuperado el dominio de su autonomía personal. Aquí podría decirse, para manejar el delito con algo de racionalidad, sobre todo cuando la condición de desplazado se une a la condición de pobreza y de marginalidad de un inmenso sector de la población colombiana, que ha cesado el “estado antijurídico”, incluso si la persona no ha regresado al lugar de origen desde el cual se desplazó. (Se trata desde luego de una opción discutible, en la medida en que incluso ubicada dignamente en otro territorio la persona puede seguir viéndose o sintiéndose vulnerada en su autonomía u otras garantías. Los operadores deben ser especialmente acuciosos y hacer auténtica sociología del delito para saber cómo se extiende en el tiempo el estado antijurídico de la conducta y en qué acciones u omisiones se expresa esa permanencia. Pero también se debe siempre adelantar una imputación racional y en todo caso plausible).

Ello supone, desde luego, una exigencia, y es que el Estado y todas sus instituciones, de la manera más consistente, actúen en función de los desplazados; supone que funcionen sin demoras y sin dilaciones los programas de protección y de prevención alrededor del desplazado; supone, en fin, que funcionen efectivamente las políticas públicas. Un problema aparece aquí: ¿y si dichas políticas públicas funcionan incluso a costa

⁷⁵ Santiago Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, 7.ª edición, 2005, pp. 227-228.

⁷⁶ Fernando Velásquez: *Manual de derecho penal. Parte general*, 3.ª edición, Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2007, p. 147.

de la voluntad del actor que ha pretendido, en todo momento, que siga produciéndose el desplazamiento? Es un problema más fácil de resolver en el caso del dolo eventual, por ejemplo, o, en todo caso, no se puede restringir la interpretación sociológica de una conducta tan compleja al hecho único de la voluntad de un actor, tanto más si este ha ingresado en un proceso de desmovilización o de paz.

2.3. Término de prescripción aplicable frente al delito de desplazamiento forzado

El Código Penal, en el artículo 83, consagra el término de prescripción de la acción penal de la siguiente forma (se cita lo más atinente para nuestro estudio):

La acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20), salvo lo dispuesto en el inciso siguiente de este artículo.

El término de prescripción para las conductas punibles de genocidio, desaparición forzada, tortura y desplazamiento forzado, será de treinta (30) años.

[...]

Al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte.

Es claro, según el referido artículo, que hay un término especial de prescripción para el delito de desplazamiento forzado, que es de treinta años. Esto indica que por la gravedad de la conducta se amplía considerablemente el término de prescripción, con el fin de que este hecho no quede impune, incluso en virtud del cumplimiento de compromisos internacionales. Se resalta, además, la enorme importancia de estos artículos como política estatal, con el fin de poder sancionar y castigar oportunamente estas conductas.

Existe pues en Colombia un término de prescripción para todos los delitos que se amplía cuando se trata de aquellos que constituyen el núcleo duro de la protección penal de los derechos humanos, como es el caso del desplazamiento forzado.⁷⁷ Al mismo

⁷⁷ El autor y consultor ha trabajado en diversos textos la noción de *núcleo duro de la protección penal de derechos humanos*, con base en la misma legislación penal y en los orígenes de la discusión legislativa en torno de estos delitos; así, dicho núcleo estaría constituido por los delitos de genocidio, desplazamiento forzado, desaparición forzada y tortura. A propósito y con el objetivo de presentar fórmulas correctas de imputación a los operadores en el marco general de la protección penal de derechos humanos y con énfasis en el homicidio en persona protegida, véase Alejandro Aponte Cardona: *Protocolo para el reconocimiento de casos de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario, con énfasis en el homicidio en persona protegida*, Bogotá: Vicepresidencia de la República, Programa de Lucha contra la Impunidad, agosto de 2008.

tiempo, en función de la lucha contra la impunidad de estos delitos, es fundamental el hecho de que exista un término de prescripción, ya que ello delimita la potestad sancionadora del Estado, brinda seguridad jurídica para los procesados y sanciona al Estado por no haber iniciado las actuaciones respectivas en un tiempo debido.⁷⁸ Por eso, además, no es correcto, como se sostiene hoy en diversas instancias, que en Colombia, aplicando directamente normas internacionales, haya imprescriptibilidad para delitos de lesa humanidad. La acción penal prescribe en todos los delitos; habría discusión sobre la imprescriptibilidad de la pena, ya que el mismo Código Penal hace alusión, en el artículo 89, a lo dispuesto en los tratados internacionales. Pero, se repite, respecto de la acción es clara la normatividad legal y, además, constitucional.

De otra parte, el inciso 6.º del artículo 83 reviste especial importancia, ya que, de tratarse de un servidor público, el término de prescripción se aumenta en una tercera parte.

Es de gran utilidad el estudio de esos dos incisos (2.º y 6.º) en conjunto, ya que la casuística penal ofrece también el ejemplo del militar al que le es imputado el delito de desplazamiento forzado. Acá el cómputo de la prescripción debe hacerse tomando en cuenta los 30 años, más la tercera parte por tratarse de servidor público.⁷⁹

2.4. La prescripción en los delitos de ejecución permanente

Un aspecto procesal relevante es la iniciación del término de prescripción de la acción. El artículo 84 del Código Penal es claro al señalar:

En las conductas punibles de ejecución instantánea el término de prescripción de la acción comenzará a correr desde el día de su consumación.

En las *conductas punibles de ejecución permanente* o en las que solo alcancen el grado de tentativa, *el término comenzará a correr desde la perpetración del último acto.*⁸⁰

El documento también se encuentra en la página web de la institución, en el contexto del Programa de Lucha contra la Impunidad.

⁷⁸ En este sentido se expresa claramente la Corte Constitucional, en sentencia n.º C-229, del 5 de marzo de 2008, MP: Jaime Araujo Rentería: “[...] la extinción de la acción penal en virtud de la prescripción, al tiempo que delimita la potestad sancionadora del Estado, es un beneficio para el sindicado de la comisión de una conducta punible, en cuanto le confiere la seguridad de que no habrá en el futuro investigación, juzgamiento y sanción en su contra por causa de tal conducta”.

⁷⁹ Al respecto, ha dicho la Sala Penal de Corte: “[...] el aumento de la tercera parte no se predica del máximo de la pena, ni podría hacerse, por supuesto, de esa manera porque nada autoriza a modificar la pena; sino que el aumento de la tercera parte siempre se predica del término de prescripción”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de agosto 25 de 2004, radicado n.º 20673, MP: Edgar Lombana Trujillo.

⁸⁰ Cursivas añadidas.

Es importante recordar que, como se ha expresado, el delito de desplazamiento forzado es de ejecución permanente y, ante ello, el último acto es el que se debe tomar en cuenta a efectos de la declaratoria de la prescripción, tal como lo establece la norma citada. Frente a esta deducción evidente, se debe tener en cuenta todo lo dicho acerca del carácter del delito en cuestión, como delito de ejecución permanente.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que si se ha iniciado la investigación del delito de ejecución permanente y continúan los actos, luego de hecha la acusación, hay un “corte procesal”, es decir, entraría a ser parte de otro proceso, ya que la acusación es el acto jurídico que interrumpe la prescripción, además de ser el punto de partida de un proceso penal formal. Así, se infiere que, de continuar los hechos objeto de investigación, estos necesariamente formarán parte de otro proceso.⁸¹

Ello, desde luego, se refiere a efectos procesales estrictamente relacionados con la prescripción y debe entenderse en consonancia con lo expuesto sobre el carácter de ejecución permanente del delito. Por eso se deba concluir que se toma en cuenta el último acto procesal para efectos de contabilizar la prescripción en delitos de ejecución permanente, como lo es el desplazamiento forzado, pero, tal como lo expresó la Corte Suprema, debe existir un límite a la investigación de los hechos por la Fiscalía. Esto es, con la acusación se coloca un límite a lo que se debe investigar, así los actos constitutivos del delito sigan perpetuándose, y estos actos posteriores serán hechos materia de otro proceso, lo que no quiere decir que el acto constitutivo del delito de ejecución permanente se fragmente; la operación se adelanta para efectos de una sana investigación y de establecer límites procesales en función de un debido proceso y de hacerlo más coherente.

Se aclara, finalmente, que existen otros aspectos relevantes que el autor ha trabajado en textos ya reseñados, pero que exceden los alcances del presente trabajo. En este, en un principio, desde una perspectiva más continental y luego teniendo como base el caso colombiano, se ha adelantado un estudio del impacto importante de la jurisprudencia del sistema interamericano en relación con la sanción a los Estados por la ocurrencia del

⁸¹ Ha dicho la Sala Penal al respecto: “Ciertamente, si lo que se pretende en el proceso penal es juzgar las conductas punibles a partir de la indagación que el ente instructor realiza de comportamientos cuya ejecución se inició obviamente con anterioridad, aunque continúe realizándose en el tiempo, investigación que se concreta en el doble acto de imputación fáctica —que comprendía las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la comisión del hecho— y jurídica —que califica la conducta desde la normativa penal— contenida en la acusación, aun tratándose de delitos de ejecución permanente existe un límite a la averiguación, de manera que cuando se convoca a juicio al procesado su conducta posterior no podrá ser objeto de análisis ni de reproche en el mismo proceso sino, acaso, en otro diferente”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de junio 20 de 2005, radicado n.º 19915, MP: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

fenómenos de desplazamiento forzado, para luego, a partir de la hipótesis presentada sobre la mezcla y la confusión de ámbitos de protección de derechos humanos y derecho internacional humanitario, ilustrar con ejemplos locales, colombianos, esta confusión. Al final, en el excuso, también con referencia al caso colombiano, pero con una vocación más general, se ha hecho alusión a aspectos especialmente problemáticos y críticos, de carácter sustancial penal y procesal penal, que pueden ser de utilidad, desde una perspectiva comparada y en relación con la persecución penal nacional de crímenes internacionales, para el estudio de otros delitos de ejecución permanente, como es el caso de la desaparición forzada, por ejemplo, o de delitos complejos como el reclutamiento ilícito de menores y su permanencia. Además, como se ha observado, se ha hecho alusión a circunstancias y condiciones de aplicación de normas que consagran crímenes de guerra e infracciones al DIH, tema que desde hace años convoca discusiones muy interesantes de nuestro Grupo de Estudios y que encuentra en el caso colombiano un laboratorio privilegiado para analizar sus consecuencias prácticas.

LA PRUEBA EN EL CRIMEN DE DESAPARICIÓN FORZADA DE PERSONAS CONFORME A LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Dino Carlos Caro Coria

RESUMEN. Aunque en el Perú es notorio el avance en la armonización de la normatividad interna referida a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por el país, su desarrollo en el ámbito jurisprudencial nacional es aún incipiente, sobre todo en lo referido al crimen de desaparición forzada de personas. Un aspecto insuficientemente abordado por los tribunales peruanos es el de la actividad probatoria desplegada para acreditar esta figura delictiva. Este trabajo se ocupa de la prueba en el crimen de desaparición forzada de personas desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La inquietud esencial responde a dos manifestaciones concretas de lo que podría interpretarse como una actuación excesiva de la Corte. Primero, la idea de que incurre en una injustificada intromisión en asuntos reservados a las jurisdicciones internas. Segundo, que en algunos casos da por probado un suceso de naturaleza criminal que debería ser determinado en el ámbito de la jurisdicción nacional.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, jurisdicción constitucional, desaparición forzada de personas, prueba en el proceso penal, jurisprudencia, Perú.

ZUSAMMENFASSUNG. Wenn auch in Peru eindeutig Fortschritte bei der Harmonisierung der nationalen Normativität über Grundrechtsverletzungen mit den internationalen Verpflichtungen, die das Land übernommen hat, zu verzeichnen sind, so befindet sich ihre Weiterentwicklung in der nationalen Rechtsprechung doch noch in den Anfängen, besonders auf dem Gebiet des gewaltsamen Verschwindenlassens von Personen. Ein von den peruanischen Gerichten nur unzureichend berücksichtigter Aspekt ist das Beweisverfahren, um das Vorliegen dieses Straftatbestands zu belegen. Die vorliegende Arbeit befasst sich aus der Sicht

der Entwicklung der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte mit der Beweisfrage. Im Wesentlichen geht es um zwei konkrete Ausprägungen einer Vorgehensweise des Gerichts, die als zu weit gehend angesehen werden könnte. Das ist zum Einen die Überlegung, dass es sich auf ungerechtfertigte Weise in Angelegenheiten einmischt, die der nationalen Gerichtsbarkeit vorbehalten sind. Zum Anderen nimmt es in einigen Fällen einen kriminellen Vorgang als erwiesen an, wenn dieser Beweis im Zuständigkeitsbereich der nationalen Gerichtsbarkeit zu erbringen wäre.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Verfassungsgerichtsbarkeit, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen, Beweismittel im Strafprozess, Rechtsprechung, Peru.

ABSTRACT. Although Peru has made noticeable progress in adapting its national legislation with regard to human rights violations to its international commitments, the application of these rules by the judiciary is still incipient, particularly regarding the crime of forced disappearance of persons. Peruvian courts have yet to deal with the taking of evidence in order to prove this particular offense. This article studies evidence in the crime of forced disappearance of persons from the perspective of the case law of the Inter-American Court of Human Rights. Two specific signs of what might be considered excessive action of the part of the Court are analysed. First, the idea there is unjustified interference in matters which fall exclusively within the domestic jurisdictions of the States. Second, the fact that in some cases it has held that a criminal act has been proven when this should have been decided by the national judiciary.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, international human rights law, constitutional jurisdiction, forced disappearance of persons, evidence in criminal proceedings, case law, Peru.

1 • Introducción

En los últimos años, las decisiones de los tribunales judiciales peruanos en materia de violaciones a los derechos humanos se han caracterizado por aplicar criterios que vienen siendo desarrollados en el ámbito del derecho penal internacional.¹ Esta remisión tiene como base la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución, que dispone que las normas relativas a las libertades y los derechos reconocidos constitucionalmente deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales que sobre las mismas materias hayan sido ratificados por el Perú.²

Pues bien, aunque en la actualidad podemos notar el avance y la armonización de la normatividad interna referida a las violaciones de derechos fundamentales conforme a los compromisos internacionales asumidos por el Perú,³ su desarrollo en el

¹ Uno de los ejemplos más evidentes e importantes de la aplicación de criterios emanados del derecho penal internacional en el ámbito de la jurisdicción interna constituye la calificación de crímenes de *lesa humanidad* a los delitos (asesinato, secuestro, lesiones graves) imputados a Alberto Fujimori en el marco del proceso que se le siguió por los hechos de Barrios Altos y La Cantuta. En efecto, en su sentencia la Sala Penal Especial reconoció que, en el presente caso, debían tomarse en cuenta los *elementos contextuales* o *circunstancias* que rodearon los ataques que causaron las muertes y lesiones graves, pues “la norma internacional consuetudinaria exige que los atentados se produzcan en el curso de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o una parte de ella”. Asimismo —continúa el referido tribunal—, “La concurrencia de estas circunstancias, a su vez, justifica su perseguibilidad internacional, la improcedencia de la prescripción y la necesidad imperativa de su castigo. Podría decirse, entonces, que se trata de delitos de asesinato y lesiones graves que por sus características constituyen internacionalmente, en el momento de su persecución, crímenes contra la humanidad y que por ello permiten la aplicación de las consecuencias jurídicas previstas por el Derecho internacional penal”. Véase Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República, expediente n.º A. V. 19-2001, § 711 ss. (en adelante, sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*).

² Constitución Política del Perú, 1993: “Disposiciones Finales y Transitorias. Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

³ La legislación peruana se orienta a una implementación plena de las reglas del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI). En cuanto a la *implementación procesal penal*, resulta de importancia lo dispuesto por el Código Procesal Penal en su libro VII, referido a “La Cooperación Judicial Internacional”, cuya sección VII está dedicada a la “Cooperación con la Corte Penal Internacional”, de conformidad con los artículos 86, 88 y 93 ECPI. En cuanto a la *implementación del derecho penal material*, la Comisión Especial Revisora del Código Penal ha pretendido realizar una implementación absoluta que pasa por incorporar los delitos contra el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario como libro III del Código Penal, estableciendo reglas de parte general y el catálogo de delitos de genocidio, de lesa humanidad y contra el derecho internacional humanitario, con el objetivo de restringir en lo posible la competencia complementaria de la CPI. Para mayores alcances sobre el proceso de implementación del ECPI en el Perú, véase Dino Carlos Caro Coria: “Informe Nacional. Perú”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación de Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 373 ss.

ámbito jurisprudencial nacional es aún incipiente, sobre todo en lo referido al crimen de desaparición forzada de personas. Así, un aspecto insuficientemente abordado por los tribunales peruanos es el relacionado con la *actividad probatoria desplegada para acreditar la mencionada figura delictiva*.

Ante el escenario descrito, la presente investigación tiene como objetivo el estudio de la prueba en el crimen de desaparición forzada de personas desde la perspectiva del desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En ese sentido, la inquietud esencial que motiva la investigación es doble y responde a dos manifestaciones concretas de lo que, hasta donde alcanzamos a ver, podría interpretarse como una actuación excesiva de la Corte IDH. Primero, la idea referida a que ese tribunal, a pesar de estar originalmente orientado a la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado, incurre, con su actuación jurisprudencial, en una injustificada intromisión en asuntos reservados a las jurisdicciones internas. Esto parece ser así cuando, como se explicará más adelante, la Corte IDH, a través de sus sentencias, ordena que los tribunales nacionales dejen sin efecto, anulen, modifiquen decisiones o adopten medidas procesales concretas.⁴ Con esto, creemos, el tribunal rebasa sus prerrogativas primigenias (consistentes en la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por el incumplimiento de sus obligaciones) y desvirtúa el original objeto del proceso internacional. Segundo, la Corte IDH, en algunos casos, parece decretar la efectiva ocurrencia de un hecho delictivo —en lo que aquí interesa, un crimen de desaparición forzada de personas—, es decir, da por probado un suceso de naturaleza criminal que debería ser determinado en el ámbito de la jurisdicción nacional. En ese sentido, cuando la Corte IDH confirma el acaecimiento de un

⁴ Véase, por ejemplo, caso *Barrios Altos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, § 41-44, puntos 3-5 de la parte resolutive. Aquí la Corte IDH sostiene no solo la *invalidez* de las leyes de amnistía adoptadas por el Perú, sino su *incompatibilidad* con la CADH (artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de tal instrumento normativo). En ese sentido, al carecer aquellas leyes de efectos jurídicos, la Corte IDH parece *declarar la reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada en aplicación de la mencionada ley*. Por otro lado, declara que son inadmisibles las figuras de la prescripción de la acción u otras causales eximentes de responsabilidad penal en los referidos procesos. Véase también caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, sentencia del 1 de setiembre de 2010, fondo, reparaciones y costas, § 233-238, puntos 7-10 de la parte resolutive. Con respecto a la desaparición forzada de Reiner Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña, la Corte IDH ordenó *remover* todos los obstáculos que *de facto* y *de iure* mantienen en la impunidad el homicidio y la desaparición forzada de los agraviados, así como el *iniciar las investigaciones y aplicar efectivamente las sanciones* y consecuencias que correspondan dentro de un plazo razonable. De esto se desprende que la Corte IDH parece ordenar la *reapertura de procesos terminados con autoridad de cosa juzgada*, sin importar si transcurrió el plazo de prescripción de la acción previsto en la ley nacional, si no existía el tipo penal determinado en el momento de la comisión del hecho punible (principio de retroactividad de la ley penal) o si ya existía una sentencia condenatoria firme sobre los responsables (*non bis in idem*).

crimen determinado, de la jurisprudencia se colige una suerte de obligación dirigida a los tribunales nacionales para sancionar indefectiblemente a una persona. Así, se puede reconocer que una sentencia emitida por la Corte IDH puede tener importantes efectos sobre individuos que no son parte de la controversia, cuyo derecho de defensa se violenta al utilizar criterios probatorios menos severos para determinar, en el ámbito nacional, la responsabilidad penal de aquellas personas.

2 ● Acerca de la desaparición forzada de personas como crimen de derecho internacional: complejidades probatorias

La Corte IDH ha reconocido la especial gravedad del crimen de desaparición forzada de personas. Así, por ejemplo, en el caso *Gómez Palomino contra Perú* la consideró como:

[...] un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo se 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 acarreado otros delitos conexos.⁵

De esta manera, siendo evidente la magnitud de la referida figura delictiva —tanto por su gravedad como por su trascendencia para el orden público internacional—,⁶ consideramos útil realizar una indagación previa con respecto a las definiciones que en el ámbito supranacional se ha pretendido otorgar al crimen de desaparición forzada de personas para, de esta manera, advertir los alcances de su constitución.

⁵ Caso *Gómez Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas, § 92.

⁶ El Preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas señala que “la desaparición forzada de personas constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana” y, además, que “la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad”.

Una primera referencia es la definición que sobre el referido crimen otorga la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas,⁷ que en su artículo II manifiesta:

[...] 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.

Por su parte, el artículo 7.2.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) señala que 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.

Pues bien, fuera de las implicaciones dogmáticas que las definiciones expuestas nos ofrecen para comprender los alcances típicos del crimen de desaparición forzada de personas,⁸ en este momento deseamos destacar la complejidad que desde el punto de vista probatorio encierra la acreditación de la mencionada figura delictiva. En efecto, tal complejidad es una constante en el referido hecho punible, ya que *durante su conti-*

⁷ La Corte IDH ha admitido que para la determinación de la responsabilidad de un Estado en materia de desaparición forzada de personas no bastará con examinar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que se debe recurrir también a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, ya que este instrumento normativo establece modos de proteger los derechos humanos que se vulneran cuando se perpetrar tales sucesos delictivos. Véase el caso *Gómez Palomino contra Perú*, cit., § 94.

⁸ Como podemos notar, entre las definiciones presentadas existen algunas importantes diferencias. Según la Convención, el autor solo podría ser un agente del Estado o una persona que actúa con su autorización, apoyo o aquiescencia. En el ECPI, al hacer referencia a una "organización política", parece preverse la posibilidad de que los miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado puedan cometer el mencionado hecho punible. Por otro lado, mientras que la definición de la Convención abarca la negativa a emitir información sobre el paradero de la persona (lo que se entiende como un impedimento del ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes), la definición del ECPI contempla la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento del *aspecto subjetivo del injusto* (como un fin perseguido por el autor del delito).

nuidad o ejecución en el tiempo se efectúan diversas acciones destinadas a la supresión de las pruebas.⁹

Precisamente, partiendo de las definiciones citadas *supra* se puede colegir que el crimen de desaparición forzada de personas se estructura a través de dos fases: a) *una privación de la libertad, la que puede ser legal o ilegal*, y b) *la no información sobre aquella privación de la libertad*.¹⁰ Tomando en cuenta entonces tales elementos, podemos afirmar la *naturaleza clandestina* del crimen de desaparición forzada de personas a través de la posibilidad de que los perpetradores decidan *erradicar* o *encubrir* todos los medios que permitan registrar la escena del crimen o descifrar la concreta puesta en marcha del hecho. En ese sentido, como reconoció la Corte IDH en el caso *La Cantuta contra Perú*:

El denominador común en todo el proceso era “la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido. Es decir, la persona ingresaba a un circuito establecido de detención clandestina, del cual con mucha suerte salía con vida”.¹¹

De esta manera, y tomando en cuenta que la Corte IDH a través de su doctrina jurisprudencial ha venido fijando algunos lineamientos fundamentales referidos a la *prueba* utilizada en procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, *nos centraremos a continuación en determinar las reglas y los estándares probatorios utilizados por el referido tribunal internacional para llegar al convencimiento de la ocurrencia del hecho punible materia de análisis*. Para esto consideramos metodológicamente importante plantear algunos parámetros iniciales establecidos por la doctrina procesal en materia de prueba.

⁹ Cf. Juan Pablo Gallego: *La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007, p. 47.

¹⁰ Cf. Kai Ambos y María Laura Böhm: “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo internacional y propuesta legislativa”, en Kai Ambos (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009, p. 210.

¹¹ Caso *La Cantuta contra Perú*, voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade, § 9.

3. Lineamientos genéricos de la actividad probatoria en los crímenes de desaparición forzada de personas

Entendemos que el estadio procesal en el que las partes introducen todos aquellos elementos de convicción con el fin de generar certeza en sus afirmaciones o alegaciones —es decir, la actividad probatoria— se constituye como fundamental en el marco de una controversia (sea jurisdiccional o contenciosa), *pues a través de las pruebas ofrecidas las partes buscan generar en el juzgador la certidumbre de sus pretensiones.*¹²

El desarrollo de la doctrina procesal —concretamente del derecho probatorio—¹³ no solo ha permitido la postulación de múltiples acepciones de *prueba*,¹⁴ sino también la relación de tal concepto con otros, como la *carga* (esto es, a quién le corresponde probar), el *objeto* (es decir, qué se demuestra con una prueba), el *procedimiento probatorio* (cómo se prueba, o sea, su procedimiento y tramitación),¹⁵ y la *valoración o apreciación* (que implica un razonamiento del juez sobre la capacidad de generar convicción o certeza del hecho afirmado por alguna de las partes).

¹² Cf. Dino Carlos Caro Coria: “El Nuevo Código Procesal Penal: ¿Eficacia o garantismo?”, en *Actualidad Jurídica*, t. 129, Lima, agosto 2004, p. 27. Al respecto, la moderna doctrina procesal viene ofreciendo una nueva visión del problema probatorio, opuesta de aquella visión tradicional y *neutral* que entendía que sobre las partes pesa la *carga de probar* sus alegaciones fácticas, y que en caso contrario sufrirían las consecuencias de su omisión. Si bien es indiscutible que el probar implica una *carga*, se debe permitir liberarse de ella aportando al proceso no solamente hechos, sino todas aquellos medios probatorios que puedan servir para demostrar sus afirmaciones, esto es, que el probar no debe ser visto como una *carga*, sino como un *derecho a la prueba*. Cf. Joan Picó i Junoy: *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 13; esta concepción fue inicialmente desarrollada por la moderna doctrina procesal italiana, la que entiende que el derecho de defensa y el derecho a la prueba están íntimamente ligados, pues el derecho a la prueba no es sino “el derecho de defenderse probando”. Cf. Eugenia Ariano Deho: *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista, 2003, p. 177.

¹³ El *derecho probatorio* comprende a todo el proceso de “verificación social de hechos”, es decir, la prueba en sus distintas manifestaciones en el campo del derecho, tanto procesal como extraprocesal. Cf. Hernando Devis Echandia: *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Alberti, 1981, t. I, pp. 41 ss.; cf. Héctor Fix-Zamudio: *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009, p. 152.

¹⁴ En sentido estrictamente técnico-procesal, prueba “es el conjunto de razones que resultan del total de elementos introducidos al proceso y que le suministran al juez conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el objeto del juicio y sobre el cual debe decidir”. Cf. Hernando Devis Echandia: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, 1984, t. V, p. 6.

¹⁵ Actualmente se postula que el *procedimiento probatorio* comprende desde el señalamiento de los hechos que constituyen el objeto de prueba, el ofrecimiento de los medios probatorios relacionados con tales hechos —que deben cumplir con el juicio de pertinencia y conducencia para ser admitidos—, la actuación de las pruebas que permita su contradicción de las partes, y por último la valoración o apreciación individual y conjunta de las pruebas sometidas a debate que generen certeza del hecho (*thema probandum*). Cf. Héctor Fix-Zamudio: o. cit., p. 150.

Todo el desarrollo doctrinario en el tema de la prueba que viene dándose en los ordenamientos internos ha sido progresivamente trasladado a los tribunales supranacionales, sin que esto implique un apartamiento de los principios generales del derecho procesal y del derecho probatorio. Sin embargo, a partir de un análisis de la doctrina y de la propia jurisprudencia de la Corte IDH, es posible afirmar que en el ámbito del mencionado tribunal operan reglas particulares para la *admisión, actuación y valoración* de la prueba. Esta *particularización* se debe a que la función encomendada a la Corte IDH difiere de la otorgada a las jurisdicciones internas; es decir, *el referido tribunal internacional no busca determinar responsabilidades individuales, sino que está orientado al amparo de las víctimas ante los atentados de sus derechos fundamentales y a disponer las reparaciones de los daños que les hayan sido causados por el Estado.*¹⁶

Si bien es cierto que el derecho procesal internacional aún se encuentra en desarrollo, la doctrina especializada reconoce la existencia de un *derecho probatorio internacional de los derechos humanos*.¹⁷ Con todo, el Reglamento de la Corte IDH,¹⁸ como instrumento rector del funcionamiento del tribunal, *aún no establece expresamente cuáles son los lineamientos aplicables* (en materia probatoria) para orientar los procesos por crímenes

¹⁶ Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989, fondo, § 136.

¹⁷ Cf. Héctor Fix-Zamudio: o. cit., p. 151.

¹⁸ Aprobado por la Corte en su LXXXV período ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009. El reglamento de la Corte IDH, modificado, entró en vigencia el 1 de enero de 2010. La reforma se refiere, principalmente, *al papel de la Comisión en el procedimiento ante la Corte IDH*. En efecto, se pretende otorgar mayor protagonismo al litigio entre los representantes de las presuntas víctimas y el Estado demandado, con la Comisión en un papel de *órgano del sistema interamericano*, afianzando el equilibrio procesal entre las partes. De conformidad con el artículo 35 del (nuevo) Reglamento, la Comisión ya no inicia el procedimiento con la presentación de una demanda, sino con la remisión de su *informe de fondo*, emitido conforme al artículo 50 de la CADH. Al enviar este informe, la Comisión debe presentar los fundamentos que la llevaron a someter el caso ante la Corte IDH. Por otro lado, a diferencia del anterior reglamento, la Comisión *no podrá ofrecer testigos y declaraciones de presuntas víctimas* y, de acuerdo al referido artículo 35, *solo en ciertas circunstancias podrá ofrecer peritos*. Asimismo, en los casos en los que se realice audiencia, la Comisión será la que le dé inicio, exponiendo los motivos que la llevaron a presentar el caso. Los interrogatorios podrán ser hechos por los representantes de las presuntas víctimas y del Estado. La Comisión podrá interrogar a los peritos solo si la Corte IDH, ante solicitud fundamentada, lo autoriza (artículo 52). Al cerrar esta etapa de alegatos (regulada en el artículo 51.7), la Comisión expondrá sus observaciones finales (artículo 51.8). En los artículos 40 y 41 del (nuevo) Reglamento, respectivamente, se organizaron los elementos que deben contener los escritos de solicitudes, argumentos y pruebas de las presuntas víctimas o sus representantes, y de contestación del Estado. Se reguló también lo referido a la presentación de prueba extemporánea (artículo 57.2), así como aquella prueba presentada de manera incompleta o ilegible y sus consecuencias (artículo 59). De igual manera, se reglamentó lo referido a las causales de impedimento de testigos y peritos (artículo 48 y 49), al ofrecimiento, la citación y la comparecencia de declarantes (artículo 50) y al desarrollo de audiencias ante el tribunal (artículo 51). En lo que respecta a declarantes ofrecidos mediante *affidavit* (fedatario), se manifestó la importancia de otorgar, mediante normas reglamentarias, la posibilidad de formular preguntas a los declarantes ofrecidos por la contraparte. En este sentido, el artículo 50.5 del (nuevo) Reglamento permite que las partes sometan preguntas por escrito a estos declarantes. Esta nueva práctica (no reconocida en el Reglamento anterior) garantiza la aplicación del principio del *contradictorio* en pruebas de esta naturaleza.

contra la humanidad en los que se busca determinar la responsabilidad internacional del Estado.

No obstante, del estudio de la doctrina y la jurisprudencia es posible colegir algunos *lineamientos genéricos* que, a nuestro entender, son relevantes para acreditar las alegaciones hechas por las partes en las causas referidas al crimen de desaparición forzada de personas. Estos lineamientos serán desarrollados a continuación.

3.1. Flexibilización

La Corte IDH *flexibiliza*¹⁹ las exigencias en materia de prueba referidas a su actuación y valoración en los procesos por violaciones a los derechos humanos en el entendimiento de que en estas controversias se trata de probar la responsabilidad del Estado por un concreto acto de violación de un derecho fundamental y no de verificar responsabilidades individuales. Esto, sin embargo, no debe llevarnos a concluir que la misión principal de la Corte IDH consiste en declarar la responsabilidad de los Estados en materia de derecho penal *iusfundamental*, pues su función primordial no es esa, *sino la referida a la protección de derechos esenciales de la persona y el establecimiento de criterios interpretativos que puedan servir de referencia a las distintas jurisdicciones internas de los Estados comprometidos*.²⁰

Esta *flexibilización* opera durante el desarrollo del proceso litigioso. En materia probatoria, el principio preclusivo de las etapas procedimentales y de ofrecimiento de pruebas se compatibiliza con las dificultades alegadas por las partes para recabar los elementos de convicción que imposibilitaron su ofrecimiento oportuno a la causa. Así, el artículo 57 del Reglamento establece:

Excepcionalmente, y oído el parecer de todos los intervinientes en el proceso, la Corte podrá admitir una prueba si el que la ofrece justifiere adecuadamente que por fuerza mayor o impedimento grave no presentó u ofreció dicha prueba en los momentos procesales

¹⁹ La jurisprudencia de la Corte IDH es unánime al reconocer en materia de derecho penal *iusfundamental* el carácter *flexible* en general de los actos procesales. Este relajamiento de exigencias en materia probatoria, sin embargo, no debe significar desorden en la tramitación procedimental, sino que debe ir guiado por las carencias reales de alguna de las partes para allegar los medios de prueba que fundamentan sus afirmaciones, propiciado por la característica del crimen. Véase el caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre 1997, reparaciones, § 38.

²⁰ Cf. Roger Rodríguez Santander: "Relaciones de coordinación interpretativa entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, con especial incidencia en los procesos penales", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima: IDEHPUCP, 2010, p. 43.

establecidos en los artículos 35.1, 36.1, 40.2 y 41.1²¹ [...] La Corte podrá, además, admitir una prueba que se refiera a un hecho ocurrido con posterioridad a los citados momentos procesales.

En los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, la Corte IDH presta mayor atención a las *circunstancias del caso concreto o al contexto que rodea el hecho* para admitir y actuar pruebas, pues se trata de conocer con el mayor número posible de elementos de convicción la ocurrencia del suceso alegado. Así, en la sentencia del caso *Blake contra Guatemala* estableció:

[...] la Corte señala que los procedimientos que se siguen ante ella no están sujetos a las mismas formalidades que los procedimientos internos y el Tribunal ha sostenido en su jurisprudencia constante que aplica criterios flexibles en la recepción de la prueba y que tal incorporación de determinados elementos al acervo probatorio debe ser efectuada prestando particular atención a las circunstancias del caso concreto y teniendo presente los límites dados respecto a la seguridad jurídica y el equilibrio procesal de las partes.²²

Ahora bien, estos *ajustes* referidos a la oportunidad del ofrecimiento de pruebas y su correspondiente admisión no están exentos de limitaciones. En efecto, se debe realizar un análisis previo a la incorporación de aquellas pruebas “extemporáneas” al proceso, análisis que se corresponde con la superación de los juicios de *pertinencia*²³ y *utilidad* con el *thema probandum*, esto es, deberán guardar relación con el hecho que constituye objeto del proceso. Así, en caso contrario, aquellas pruebas serán descartadas por *impertinentes*²⁴ o, en su defecto, por *inútiles*. Además, como se puede prever, esta admisión excepcional de pruebas *no debe generar estados de desigualdad entre las partes*. Para ello, la

²¹ El artículo 35.1 hace referencia al sometimiento del caso a la Corte IDH por la Comisión (a través de su informe, según el artículo 50 de la CADH); el 36.1 se refiere al sometimiento del caso a la Corte IDH por un Estado; el 40.2 hace referencia al escrito de solicitudes, argumentos y pruebas presentada a la Corte IDH por la presunta víctima y sus representantes una vez notificada de la presentación del caso, y el 41.1. se refiere a la contestación que presenta el Estado a la Corte IDH una vez notificada la presentación del caso.

²² Caso *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, fondo, § 50.

²³ Pertinencia es la “adecuación entre hechos que se pretende llevar al proceso y los hechos que son tema de prueba en este. Sin embargo, como la pertinencia puede ser mediata o inmediata con el tema de la prueba, en caso de duda, se puede diferir su pronunciamiento una vez se dicte la sentencia o en el auto que falla el incidente”. Cf. Jairo Parra Quijano: *Manual de derecho probatorio*, Bogotá: Librería del Profesional, 6.ª ed., 1996, pp. 27 ss.

²⁴ Las pruebas impertinentes o irrelevantes “son las que tienen por objeto hechos que por ningún aspecto se relacionan con el litigio o la materia del proceso voluntario o incidente y que por tanto no pueden influir en la decisión”. Cf. Jorge Cardoso Isaza: *Pruebas judiciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1986, p. 30.

Corte IDH está en la obligación de brindar la oportunidad a la contraparte para poder contradecirlas ejercitando su *derecho de defensa*.

3.2. Carga de la prueba

La noción de *carga de la prueba* tiene origen en el derecho procesal civil y consiste en una regla que crea a las partes una *autorresponsabilidad en la acreditación de los hechos que sustentan sus pretensiones*.²⁵ Al mismo tiempo, indica al juez cómo debe fallar cuando tales hechos no aparecen probados.

De la referida noción de *carga de la prueba* se derivan dos importantes consecuencias: primero, implica que si el juez competente para resolver sobre un determinado hecho sometido a su decisión observa que la parte que tenía interés en demostrar el hecho alegado no ha producido prueba, entonces el hecho se tendrá por no existente; segundo, implica determinar a qué parte le corresponde probar lo alegado para evitar las consecuencias desfavorables que su omisión ocasionaría, pues tiene interés en que su pretensión se tenga como hecho existente.²⁶

En este marco, es posible reconocer en la doctrina jurisprudencial desarrollada por la Corte IDH que *la carga de la prueba corresponde a la parte demandante*. En ese sentido, cabe afirmar que es *el demandante quien asume la responsabilidad de acreditar los hechos que fundamentan su demanda*.²⁷ Sin embargo, en lo referido a los crímenes de desaparición forzada de personas, la Corte IDH admite lo que sería una *inversión en la carga de la prueba*, debido a que la característica fundamental de tales crímenes es la referida a la concurrencia de actos tendientes a la supresión de pruebas una vez ocurrido el hecho. Muestra de esta peculiaridad se dio en la sentencia de fondo recaída en el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, donde el tribunal estableció que la defensa del Estado demandado no puede valerse de la imposibilidad del demandante para reunir pruebas del crimen, y le exigió al Estado *el deber de aclarar los hechos acontecidos en su territorio*.²⁸

²⁵ Algunos tratadistas especializados afirman que la carga de la prueba no es una obligación ni un deber, pues no existe sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento, razón por la cual optan por definirlo como *autorresponsabilidad*. Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., pp. 47 ss.

²⁶ Cf. Eduardo Jauchen: *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 38.

²⁷ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, fondo, § 123. Cabe mencionar que del Reglamento vigente —al modificar la participación de la Comisión en el procedimiento ante la Corte IDH— no se puede colegir que la Comisión sea la demandante en el proceso internacional. En efecto, el proceso ante la Corte IDH ya no se inicia con la presentación de una demanda (que según el antiguo reglamento era formulada por la Comisión), sino con la presentación por la Comisión de un *informe* que contiene todos los hechos supuestamente violatorios.

²⁸ *Ibidem*, § 135.

Con esta posición, la Corte IDH buscaría mantener la *paridad de las partes* en el proceso controvertido, puesto que crímenes como la desaparición forzada de personas imposibilitan en cierto modo la *igualdad en el plano fáctico y procesal*. En síntesis, de la jurisprudencia de la Corte IDH es posible advertir que, *ante la dificultad de recabar pruebas por el demandante, es el Estado el que tiene la obligación de esclarecer los hechos denunciados*.

3.3. El derecho de defensa y el contradictorio

El *derecho de defensa* es concebido como un *derecho continente*, es decir, tiene varias manifestaciones de naturaleza fundamental, y una de las principales es la del *derecho a probar* las afirmaciones hechas por las partes, así como *contradecir o desvirtuar*²⁹ —sea con pruebas o alegaciones— los hechos afirmados por la otra. De allí que su vigencia y su reconocimiento sean fundamentales e ineludibles a todo proceso de jurisdicción interna o supranacional, puesto que solo con la garantía de su verificación será posible el desarrollo de un proceso válido.³⁰ De esta manera, el reconocimiento de la garantía de la defensa procesal como requisito de validez para todo tipo de proceso es una de las expresiones más importantes de su contenido como derecho constitucional, que genera entre las partes, en materia probatoria, la posibilidad de contradecir la prueba. Para ello, las partes deben tener *la oportunidad procesal de conocerla y discutirla*.³¹

En ese sentido, la Corte IDH acertadamente garantiza el derecho de defensa en el proceso *a través de la posibilidad de contradecir las pruebas*. No obstante, la confirmación y vigencia del derecho de defensa en esta jurisdicción internacional no conlleva la afirmación del carácter absoluto de esta garantía fundamental, sino que se orienta especialmente a mantener la *igualdad real* de las partes conforme a los fines delimitados por la Convención y el Reglamento de la Corte IDH.

Esto se manifiesta en los procesos por crímenes de desaparición forzada de personas, en los que concurren actuaciones orientadas a eliminar las evidencias y elementos

²⁹ Esta posición viene dado por el entendimiento de la *litis* como un *proceso dialéctico* en el que debe dotarse a las partes de iguales condiciones para la defensa de sus pretensiones, esto es, *paridad de armas*.

³⁰ Cf. Álex Carocca Pérez: *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 19. En el mismo sentido, César Eugenio San Martín Castro: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2003, t. I, p. 120. Al respecto Binder añade: “[...] la defensa cumple en el proceso penal una función especial, pues no solo actúa junto al resto de garantías procesales, sino que ‘es la garantía que torna operativa a todas las demás’, de allí que la garantía de la defensa no pueda ser puesta en el mismo plano que las otras garantías procesales”. Cf. Alberto Binder: *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993, p. 151.

³¹ Cf. Eduardo Jauchen: o. cit., p. 38.

que puedan generar convicción del hecho.³² Por ello, además de invertirse la carga de la prueba en estos crímenes, *se otorgan amplios poderes discrecionales al tribunal para llevar a cabo actuaciones orientadas a conseguir elementos que permitan un conocimiento detallado del hecho, sin que ello signifique la afectación de algún derecho de las partes*. Esto último no ocurre en las jurisdicciones internas, como veremos a continuación.

3.4. Dirección del proceso

En las jurisdicciones internas existen matices entre las distintas ramas procesales. Sin embargo, los ordenamientos en general otorgan al juzgador la función de dirección del proceso, pues parten de concebirlo no como mero espectador de las incidencias entre las partes, sino como un sujeto procesal poseedor de un rol como es la función impartir justicia y decidir la controversia.³³

En virtud de este rol y función es que se le atribuye al juzgador facultades durante la actividad probatoria,³⁴ las que no se limitan a la decisión sobre los elementos de convicción aportados por las partes, sino que contemplan la compulsión de oficio al proceso de aquellos elementos probatorios que se considere necesarios para lograr la certeza del hecho cuando son insuficientes las pruebas ofrecidas por las partes. En ese sentido, en nuestro ordenamiento procesal penal, la demarcación de la actuación probatoria viene dada por su carácter complementario a la ya ofrecida por las partes;³⁵ es decir, solamente podrá actuar el tribunal aquellas pruebas destinadas a contrastar o verificar las ofrecidas antes por las partes, de manera tal que no se altere el objeto del proceso ni signifique la incorporación de un hecho nuevo.

Sobre el particular, en el artículo 58 del Reglamento se recogen todas las diligencias probatorias *de oficio* que se pueden actuar:

³² Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22 de septiembre de 2009, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 63.

³³ Cf. Pablo Sánchez Velarde: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: IDEMSA, 2004, p. 126.

³⁴ Respecto a los poderes probatorios del juez en materia penal, actualmente la discusión radica no en la prohibición que tiene el tribunal de salir a buscar hechos distintos de los que son objeto de acusación, sino en la posibilidad de que el juez pueda actuar de oficio medios concretos de prueba. Así, la posición favorable sostiene que si se piensa en un *buen* juez, capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay razón alguna para temer que él se haga parcial e incapaz de valorar las pruebas por el solo hecho que él mismo hubiera dispuesto o sugerido su adquisición. Cf. Salvatore Satta: *Manual de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971, p. 183; la opinión contraria sostiene que "la práctica de prueba de oficio lesiona el principio acusatorio y vulnera la función imparcial del juez, pues solo le incumbe decidir y no impulsar el procedimiento". Cf. Alberto Bovino: "El debate", en Julio B. J. Mayer (comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 181.

³⁵ Ejecutoria suprema del 30 de septiembre de 2004, emitida por la Corte Suprema, recaída en el R. N. 2976-2004.

1. Procurar de oficio toda prueba que considere útil. En particular, podrá oír en calidad de presunta víctima, testigo, perito o por otro título, a cualquier persona cuya declaración, testimonio u opinión estime pertinente. 2. Requerir de la Comisión, de las víctimas o presuntas víctimas o sus representantes, del Estado demandado y, en su caso, del Estado demandante el suministro de alguna prueba que estén en condiciones de aportar o de cualquier explicación o declaración que, a su juicio, pueda ser útil. 3. Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados. 4. Comisionar a uno o varios de sus miembros para que realicen cualquier medida de instrucción, incluyendo audiencias, ya sea en la sede de la Corte o fuera de esta. 5. En el caso de que sea imposible proceder en los términos del inciso anterior, los Jueces podrán comisionar a la Secretaría para que lleve a cabo las medias de instrucción que se requieran.

Así las cosas, debemos señalar que, aunque las referidas facultades en materia de actuación probatoria otorgadas al juzgador son amplias, a efectos de conservar la congruencia procesal entre el objeto del proceso y la sentencia tales atribuciones no deben restringir el derecho a contradecir las pruebas ni a incorporar nuevos hechos no fijados en la demanda planteada inicialmente por la Comisión. Asimismo, se deben respetar los derechos y garantías reconocidos a las partes con el fin de evitar estados de desigualdad. Como es evidente, la práctica de las mencionadas prerrogativas probatorias *no debe significar el abandono de la imparcialidad y objetividad requeridas a los órganos jurisdiccionales*.

Ahora bien, consideramos que las eventuales limitaciones que se pueden oponer a la Corte IDH estarán dadas por el *objeto del proceso* o por el *derecho a la igualdad de los justiciables*. Asimismo, en tanto la controversia gire en torno a un crimen de desaparición forzada de personas, *deberá tenerse en cuenta la función protectora de derechos fundamentales de los agraviados*.

3.5. Inmediación en la actuación de pruebas

Se entiende que el *principio de inmediación* implica la participación inmediata, directa y simultánea del juez en la actuación de la prueba. Así, por ejemplo, al recibir el juez directamente un testimonio, no percibe únicamente su presencia, sino que también puede ir *controlando* y *relacionando* lo dicho por el testigo *con otros elementos de convicción*.³⁶

³⁶ Cf. Pablo Sánchez Velarde: o. cit., p. 645.

En el caso de la Corte IDH, la intermediación opera solo para aquellos testigos y peritos que el referido tribunal considere necesario escuchar. Así, no todos los testigos ofrecidos por las partes concurren a deponer en audiencia, sino aquellos que el referido tribunal considere apremiantes. En ese sentido, el artículo 50 del Reglamento establece:

1. La Corte o su presidencia emitirá una resolución en la que, según el caso, decidirá sobre las observaciones, objeciones o recusaciones que se hayan presentado; definirá el objeto de la declaración de cada uno de los declarantes; requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público (affidávit) que considere pertinentes y convocará a audiencia, si lo estima necesario, a quienes deban participar en ella [...].

Ahora, más allá de la previsión establecida por la citada norma está el criterio discrecional del tribunal para establecer *quiénes deben concurrir como testigos*. En ese sentido, incluso podría citarse a especialistas para que sustenten sus informes técnicos.

4 ● El procedimiento probatorio en el crimen de desaparición forzada de personas

El procedimiento probatorio implica el *ofrecimiento de prueba, admisión, actuación* y posterior *valoración*.³⁷ Para ello, la doctrina procesal ha venido desarrollando criterios para la efectivización de cada uno de estos actos procesales, puesto que no todas las pruebas ofrecidas pueden admitirse, ni todas las pruebas admitidas pueden actuarse, así como tampoco pueden valorarse todas las pruebas actuadas. Solamente aquellas pruebas que cumplan con las exigencias prescritas por las normas legales y procesales pueden ser apreciadas por el tribunal.

4.1. Ofrecimiento

Como se adelantó, de conformidad con el vigente Reglamento de la Corte IDH, los medios de convicción deben señalarse en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas (presentado por la presunta víctima y sus representantes) y su contestación

³⁷ Cf. Jorge Cafferata Nores y otros: *Manual de derecho procesal penal. Cátedra A, B y C*, 2.ª edición, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004, p. 298.

(presentada por el Estado demandado). Solo de manera extraordinaria, debido a *obstáculos insuperables o tratándose de hechos posteriores a los documentos mencionados*, pueden incorporarse medios de convicción que no hayan sido indicados oportunamente, con el fin de guardar orden y correlación en el desarrollo del procedimiento probatorio. Desde la primera etapa del procedimiento se advierte el *contradictorio*, en el sentido de que las pruebas ofrecidas por las partes y las ordenadas por la Corte IDH *deben respetar el derecho de defensa al tiempo que se mantiene la igualdad en el caso concreto*.

4.2. Admisibilidad

Una vez presentados oportunamente los medios probatorios por las partes, se da inicio al juicio de admisibilidad. Al respecto, el Reglamento no contiene ninguna disposición relativa a la *recepción* de los elementos de convicción, pero a través de su jurisprudencia ha desarrollado gran flexibilidad con el objeto de reunir el mayor número de elementos para esclarecer la causa. Cabe señalar que este *relajamiento en la admisibilidad de los medios probatorios* no exime del juicio de pertinencia, pues este estará delimitado por el *thema probandum*, esto es, *la relación de los medios de convicción con los hechos alegados, los cuales tampoco pueden ser imposibles o notoriamente inverosímiles*.

4.3. Objeciones contra testigos y recusación de peritos

Luego de la *admisibilidad* de pruebas, ya en fase de *actuación*, la Corte IDH, al amparo del artículo 45 del Reglamento, fija la oportunidad para el inicio del procedimiento oral y, con ello, la presentación de los testigos y peritos a cargo de las partes. Como se ha referido, no todos los testigos o peritos admitidos serán escuchados en audiencia, sino solo aquellos que discrecionalmente la Corte IDH considere necesarios para el esclarecimiento de la causa.

Las disposiciones 47 y 48 del Reglamento facultan a las partes a *interponer objeciones contra testigos y recusar peritos*, respectivamente. En ese sentido, lo que se debe resaltar de la presente fase no es la *severidad* para plantear tales actos procesales, sino que para su procedencia el tribunal toma en cuenta el fin perseguido por la CADH,³⁸ esto es, *la protección de derechos fundamentales*. Ello se refleja en la jurisprudencia asentada

³⁸ Esto significa que la *flexibilización* también opera en la etapa de *actuación probatoria*, debido fundamentalmente al fin de protección de derechos y libertades fundamentales de la persona.

en la mayoría de las causas resueltas, especialmente en el caso de los testigos, cuando rechaza las objeciones deducidas por las partes amparándose en la posibilidad de oír, *si lo estima útil y a título de informativo*, a una persona que estaría impedida de declarar como testigo, en el entendimiento de que el valor de las declaraciones y de las objeciones de las partes sobre aquellas debe ser apreciado por la propia Corte IDH.³⁹ Lo mismo opera para los casos de pruebas documentales, aunque, valga la salvedad, si dichos medios probatorios documentales no son objetados, el tribunal tendrá por válidos los elementos de convicción ofrecidos por las partes.⁴⁰

Finalmente, es preciso mencionar que el momento para resolver las objeciones y/o recusaciones planteadas por alguna de las partes contra testigos y/o peritos se efectiviza en la sentencia que resuelve la cuestión de fondo planteada en la demanda.

5. Valoración individual de la prueba en los casos de crímenes de desaparición forzada de personas Desarrollo comparado entre la jurisprudencia de la Corte IDH y la jurisprudencia peruana

La etapa de *apreciación*, también conocida como *valorización*, viene a ser el aspecto más delicado de todo lo que implica el procedimiento probatorio, puesto que con ello termina el análisis de la Corte IDH sobre los medios de convicción que las partes han tramitado para demostrar la existencia y la veracidad de los hechos controvertidos.

La discusión sobre la determinación de la forma y la manera en que el juez debe valorar las pruebas fue uno de los temas más trascendentales de la ciencia procesal desde tiempos remotos. No obstante, puede sintetizarse en la actualidad en tres sistemas claramente diferenciados: el sistema de *intima convicción*, el de *prueba tasada* y el de *libre convicción*.⁴¹ De ellos, el que mayor aplicación y recepción tiene en los ordenamientos

³⁹ Caso *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, fondo, § 150-151.

⁴⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 140.

⁴¹ Sin embargo, existe un sector de la doctrina que distingue solo dos sistemas de valoración; véase José Luis Vázquez Sotelo: *Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del tribunal*, Barcelona: Bosch, 1984, pp. 478 ss.

procesales es el de *libre convicción* (también conocido por cierto sector de la doctrina como *sana crítica*),⁴² *debido a su mayor condición garantista* (en tanto la ley no preestablece valor alguno de las pruebas, efectiviza la libertad de verificar un hecho con cualquier medio probatorio⁴³ e implica la exigencia de una fundamentación en la resolución emitida por el juez). En consecuencia, el juzgador debe expresar cuáles son las razones de su conclusión exclusivamente de las pruebas valoradas en el estadio procesal pertinente, valoración que realiza teniendo en cuenta las reglas de la *ciencia*, la *experiencia* y la *lógica*.⁴⁴

Debemos tener en claro que el grado de acreditación exigido por la doctrina procesal penal, luego de apreciados los elementos de convicción, varía según el estadio de la causa. Así, en un proceso penal, para la apertura de la investigación se requiere alcanzar conocimiento a nivel de *sospecha* de la participación del inculpado en el hecho delictivo;⁴⁵ para la formulación de la acusación penal se precisa de una *posibilidad* o *probabilidad* de la participación del procesado en el delito imputado; mientras que la condena exige *certeza* de la participación del aquel en el evento criminoso, lo que nos permite señalar que, en caso de que no se llegue al nivel requerido en este último estadio procesal, corresponderá absolver por *insuficiencia probatoria* (o, en su defecto, *duda razonable*) al procesado.

Ahora bien, en el Reglamento no se ha determinado qué criterio de apreciación de pruebas tomará en cuenta el tribunal en las causas sometidas a su conocimiento. Ante este vacío, a través de su jurisprudencia la Corte IDH viene afirmando de forma reiterada y coherente el sistema de *libre convicción* (*sana crítica*), dejando de lado a la *íntima convicción* y a la *prueba tasada*, por ser aquella más garantista para los derechos fundamentales de las partes. Así, por ejemplo, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* se estableció:

⁴² Cf. Jorge Cafferata Nores y otros: o. cit., p. 303. "El sistema de la *sana crítica racional* (libre convicción) [...], establece la más plena libertad de convencimiento de los jueces, pero exige [...] que las conclusiones a que se llega sean fruto razonado de las pruebas en que se las apoye".

⁴³ Esto obedece a la vigencia del *principio de libertad de prueba*, por el cual se entiende que, "los hechos objeto de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba permitido por Ley. Excepcionalmente, pueden utilizarse otros distintos, siempre que no vulneren derechos y garantías de la persona, así como las facultades de los sujetos procesales reconocidas por Ley". Cf. Pablo Talavera Elguera: "Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal", en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004) del Colegio de Abogados de Lima*, 2004, p. 358.

⁴⁴ Cf. Luis Vargas Valdivia: "Algunos apuntes sobre la prueba en el proceso penal", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): o. cit., p. 114.

⁴⁵ Cf. César Eugenio San Martín Castro: o. cit., pp. 358 ss.

La Corte tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios. Para ello, como todo tribunal, puede hacer una adecuada valoración de la prueba, según la regla de la “sana crítica”, lo cual permitirá a los jueces llegar a la convicción sobre la verdad de los hechos alegados, tomando en consideración el objeto y fin de la Convención Americana.⁴⁶

Mediante la *libre convicción* o *sana crítica* como sistema de valoración probatoria para la apreciación de las pruebas, la Corte IDH llega al convencimiento sobre la verdad de los hechos alegados por las partes. No obstante, sumado a dicho criterio de valoración debe tomarse en consideración *el objeto y fin de la Convención*, pues al ser su norma fundamental⁴⁷ —en tanto fija los objetivos y finalidades de su existencia—, la apreciación de pruebas no puede ser realizada sin tomar en cuenta los parámetros que tal instrumento normativo ofrece.

Por ello, el grado de acreditación exigido por la Corte IDH no busca exclusivamente *certeza* o *veracidad* del hecho en sentido estricto. Aunque en el caso concreto tal grado pueda ser alcanzado, no es *conditio sine qua non* para determinar la responsabilidad de un Estado, puesto que en ciertas circunstancias no serán suficientes las pruebas documentales, testimoniales y periciales para alcanzar tal grado de convencimiento. En ese sentido, ante eventuales carencias concurrentes en un caso concreto, será necesario acudir a los indicios o pruebas circunstanciales. Con ello, como es evidente, ya no se obtendrá *certeza*, pero sí *veracidad* o *verosimilitud*⁴⁸ de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado. De esta manera, podemos advertir que en la jurisdicción de la Corte IDH no cabe el concepto doctrinario de *duda razonable* (esto es, la duda favorece al reo, *in dubio pro reo*) desarrollada por la doctrina procesal y vigente en todas las jurisdicciones penales internas.

Mas allá de las exigencias establecidas por este sistema de apreciación probatoria y de convencimiento, la Corte IDH determinó que en los crímenes de desaparición forzada de personas los criterios de valoración *son menos formales que en otras controversias*, pues en este tipo de litigio no se puede ignorar la gravedad especial que implica el que a un Estado comprometido con la Convención se le atribuya haber ejecutado o tolerado una práctica de desapariciones. En ese sentido, en la sentencia del caso *Velásquez*

⁴⁶ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 57.

⁴⁷ Caso *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998, fondo, § 37.

⁴⁸ Cf. Héctor Fix Zamudio: o. cit., p. 164.

Rodríguez contra Honduras se señaló que para un tribunal internacional los criterios de valoración de la prueba son menos formales que los sistemas legales internos,⁴⁹ y además:

La Corte no puede ignorar la gravedad especial que tiene la atribución a un Estado parte en la Convención del cargo de haber ejecutado o tolerado en su territorio una práctica de desapariciones. Ello obliga a la Corte a aplicar una valoración de la prueba que tenga en cuenta este extremo y que [...] sea capaz de crear la convicción de la verdad de los hechos alegados.⁵⁰

Teniendo claro lo expuesto, a continuación examinaremos el tratamiento individualizado de la prueba expuesto por la Corte IDH en varias de sus sentencias sobre crímenes de desaparición forzada de personas.

5.1. Testimonios

Partiendo de la distinción categórica entre *fuentes de prueba* y *medios de prueba* desarrollada por la doctrina procesalista,⁵¹ podemos afirmar que el testigo es la fuente de prueba y su testimonio el medio de prueba que deberá ser escuchado y apreciado por el tribunal. A través del testimonio (y no del testigo) se acredita el hecho afirmado o alegado por la parte.

Teóricamente se exige que la deposición testifical deba ser efectuada en audiencia pública ante juez, con participación de la parte afectada por el dicho inculminatorio y la garantía de contradicción a través del conainterrogatorio.⁵² Solo aquellas que cumplen con estas exigencias podrán ser consideradas pruebas, mas no todas aquellas declaraciones previas de carácter investigador. Sin embargo, en el ordenamiento peruano la Corte Suprema estableció un criterio vinculante que permite prescindir de lo dicho por el testigo en juicio por ser inconsistente con lo dicho en fase investigatoria o policial, exigiendo que para la valoración de estas últimas se dispondrá su lectura en juicio con el afán de garantizar los derechos de las partes.⁵³

⁴⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 128.

⁵⁰ *Ibidem*, § 129.

⁵¹ Cf. Santiago Sentís Melendo: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ejea, 1979, pp. 141 ss. Las *fuentes de prueba* "son los elementos que existen en la realidad". *Fuente* es "un concepto metajurídico, extrajurídico [...] que corresponde forzosamente a una realidad anterior y extraña al proceso". Los medios de prueba "están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso". Así, el *medio* es "un concepto jurídico y absolutamente procesal". La *f fuente* "existirá con independencia de que se siga o no el proceso", mientras que el *medio* "nacerá y se formará en el proceso".

⁵² Cf. Pablo Sánchez Velarde: o. cit., pp. 684 ss.

⁵³ Cf. Pablo Talavera Elguera: "Las declaraciones testificales anteriores inconsistentes con la prestada en juicio. A propósito de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema", en *III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2005, pp. 207 ss.

La valoración debe efectuarse teniendo siempre presentes las posibilidades de error, de exageración o de falsedad que le son propias, ya que, más allá de la intuitiva imparcialidad que caracteriza al testigo por ser un ajeno a la causa —esto es, su condición de no ser parte en el proceso—, su declaración no se considera como prueba absolutamente decisiva en ningún caso; en realidad, su eficacia demostrativa debe girar en torno a la *credibilidad del testigo, fiabilidad de su testimonio y persistencia en el dicho*.⁵⁴

Ahora bien, el entendimiento del testigo como aquel tercero imparcial opera de forma *amplia* en la jurisprudencia de la Corte IDH, puesto que esta denominación comprende a *todos aquellos que pueden dar a conocer la ocurrencia de un hecho*. No se distingue ni se excluye por la condición de coimputado, testigo agraviado o testigo en sentido estricto como sí lo hace la doctrina procesal para las jurisdicciones internas, pues técnicamente todos aquellos son terceros ajenos a la causa.

La Corte IDH afirma que la definición *del valor probatorio* de los testimonios se efectúa al momento de dictar sentencia. De esta manera, sería en este decisivo estadio procesal en el que se debería determinar el peso probatorio que tiene la prueba presentada y actuada ante el tribunal. No obstante, de la jurisprudencia se advierte que el objeto de *valorización o apreciación* lo constituyen los hechos y no los testimonios utilizados para probarlos. Así, se ha afirmado:

[...] son los hechos apreciados por la Corte y no los medios utilizados para probarlos, dentro de un proceso, los que le pueden llevar a establecer si hay una violación de los derechos humanos contenidos en la Convención.⁵⁵

El cuestionamiento u objeción que se realice a un testigo en el curso del proceso supranacional debe consistir en demostrar que lo afirmado por aquel no se corresponde con la verdad. Por ello, la *desacreditación de testigos* en los contrainterrogatorios realizados por los abogados de un Estado no debe fundamentarse en una eventual falta de objetividad de alguno de los testigos por razones ideológicas, de origen, nacionalidad o parentesco, por sostener que se posee un especial interés en perjudicar al demandado ni mucho menos por invocación de antecedentes penales con la que se pretendería denotar una falta de idoneidad del órgano de prueba.⁵⁶ Estas alegaciones no son suficientes para

⁵⁴ Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit., p. 115.

⁵⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 143.

⁵⁶ No obstante, reconoce que "Algunas circunstancias pueden, ciertamente, condicionar el apego a la verdad de un testigo. El Gobierno, sin embargo, no demostró con hechos concretos que los testigos hubieran faltado a la verdad, sino que se limitó a hacer observaciones de carácter general sobre la supuesta falta de idoneidad o

desechar al testigo. Por ello, *solo la demostración de falsedad del dicho permitirá excluir el testimonio.*

Lo manifestado puede trasladarse también a las advertencias hechas por los defensores de los Estados demandados sobre la condición de procesado o condenado del testigo en jurisdicción interna, con el afán de desacreditar o disminuir su *fiabilidad*. Desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte IDH, que el testigo ostente una condición jurídica como las mencionadas no lo inhabilita para declarar en el proceso de competencia internacional, *incluso si este proceso se refiere a materias que lo afectan*.⁵⁷ En otras palabras, *en la controversia internacional no se tiene en cuenta el derecho a la no autoincriminación del procesado.*

En cuanto a la *declaración de los agraviados*, la doctrina procesal es crítica ante la posibilidad de que la víctima sea considerada como testigo a nivel del proceso, ya sea penal o civil, pues ella adolece de la característica principal del testigo, que es su *imparcialidad y objetividad*.⁵⁸ La víctima es siempre parcial, pues posee interés en el resultado del proceso y sus declaraciones persiguen un determinado fin. Cuando la víctima del delito es llamada a declarar, pesa sobre tal sujeto la sospecha de que *su testimonio no es tan aséptico e imparcial* como puede serlo la declaración de cualquier otro que haya presenciado el hecho y no haya sufrido ningún perjuicio por razón de este. El supuesto agraviado no solo tiene interés en el proceso, sino que, una vez que se constituye en parte, *interviene de manera decisiva en la causa, discutiendo y ejerciendo derechos.*

En ese sentido, la Corte IDH considera que el solo testimonio del agraviado no fundamenta responsabilidad del Estado sobre la violación de derechos fundamentales demandados, pues ser una presunta víctima y tener posible interés directo en el resultado del proceso *hacen que su dicho deba ser valorado en comunión con las otras pruebas incorporadas y actuadas en la causa*. Así, por ejemplo, en la sentencia del caso *Loayza Tamayo contra Perú* se señaló:

[...] en relación con el testimonio de la señora María Elena Loayza Tamayo, la Corte considera que por ser presunta víctima en este caso y al tener un posible interés directo en el

imparcialidad de los mismos, que no son suficientes para desvirtuar testimonios coincidentes y contestes en lo fundamental, por lo cual el juzgador no puede desecharlos". Véase caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 142.

⁵⁷ *Ibidem*, § 145: "Es contradictorio, dentro de la Convención Americana de Derechos Humanos, negar *a priori*, a un testigo por la razón de que esté procesado o incluso haya sido condenado en el orden interno, la posibilidad de declarar sobre hechos materia de un proceso sometido a la Corte, incluso si en tal proceso se refiere a materias que lo afectan".

⁵⁸ Cf. Carlos Climent Duran: *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 133.

mismo, dicho testimonio debe ser valorado como indicio dentro del conjunto de pruebas de este proceso [...].⁵⁹

No obstante, la Corte IDH reconoce que las manifestaciones de la víctima tienen un valor especial porque proporcionan *mayor información sobre las consecuencias del supuesto crimen cometido en su contra*.⁶⁰ Siendo esto así, su testimonio serviría para acreditar los daños que generan la obligación de reparación e indemnización del Estado responsable del crimen.

Por otro lado, de la jurisprudencia referida a crímenes de desaparición forzada de personas es frecuente encontrar “declaraciones juradas” hechas por individuos que afirman haber presenciado el evento criminoso o sucesos circundantes, pero no concurren a deponer su testimonio en audiencia sino que lo hacen ante un fedatario. Las objeciones que se pueden hacer desde el derecho interno son múltiples, en tanto la doctrina procesal no les reconoce relevancia probatoria al *no constituir prueba testimonial ni documental*.⁶¹ Sin embargo, la Corte IDH aclara que, al ser un tribunal internacional de derechos humanos, *su procedimiento no está sujeto a las mismas formalidades de los ordenamientos internos; por tanto, encuentra posible otorgar valor probatorio a las “declaraciones juradas” bajo el fundamento de que en derecho de gentes son válidas hasta las manifestaciones verbales*.⁶²

Si bien es cierto que la Corte IDH, en su jurisprudencia, no determinó la naturaleza probatoria de tales instrumentos —esto es, si deben ser considerados como pruebas documentales o testimoniales—, el hecho de admitirlos para luego valorarlos discretamente evidencia el reconocimiento de su eficacia para acreditar hechos alegados por una parte. En ese sentido, se sostuvo:

[...] las declaraciones suscritas ante Notario presentadas por la víctima deben ser admitidas. La Corte tiene criterio discrecional para valorar las declaraciones o manifestaciones que se le presenten, tanto en forma escrita como por otros medios.⁶³

⁵⁹ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, fondo, § 43.

⁶⁰ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, reparaciones, § 73.

⁶¹ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., p. 169.

⁶² Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, reparaciones, § 42; Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 97.

⁶³ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 57.

Así, creemos que, por la coherencia de los motivos expuestos en la jurisprudencia, el nuevo Reglamento contempla expresamente la posibilidad de que las declaraciones de los testigos sean rendidas ante fedatario público (*affidávit*). En efecto, el referido instrumento normativo establece en su artículo 46 que tanto la Comisión como las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado deberán indicar —en su lista definitiva de declarantes— a aquellos que consideren deben ser llamados a audiencia y *aquellos en los que sea suficiente su declaración ante fedatario público*. Luego, la Corte IDH, en su resolución previa al inicio de la audiencia (artículo 50 del Reglamento), requerirá la remisión de las declaraciones ante fedatario público que considere pertinentes.⁶⁴

El tratamiento detallado que sobre el testimonio rendido ante fedatario público ofrece la jurisprudencia de la Corte IDH, sumado a la expresa admisión de aquel en el Reglamento vigente, obedece al reconocimiento del *alto valor acreditativo* de este medio probatorio, especialmente, en procesos por crímenes de desaparición forzada. De esta manera, como se sostuvo expresamente en el caso *Blake contra Guatemala*:

[...] la Corte atribuye un alto valor probatorio a las declaraciones de los testigos [...], dentro del contexto y de las circunstancias de un caso de desaparición forzada, con todas las dificultades que de esta se derivan, donde los medios de prueba son esencialmente testimonios indirectos y circunstanciales en razón a la propia naturaleza de este delito.⁶⁵

Incluso en este tipo de controversias la Corte IDH otorga relevancia a aquellos testimonios que no hacen referencia a hechos constitutivos del crimen, sino que versan sobre hechos posteriores a su ocurrencia.⁶⁶ De esta manera, a través de estos testimonios se permitiría conocer las consecuencias sufridas por la desaparición del familiar y, con ello, fundamentar las pretensiones reparatorias pertinentes.

Sin embargo, en el ámbito de la jurisdicción interna, la Sala Penal Nacional, amparándose en el criterio de *persistencia en el dicho*, absolvió a los responsables de la desaparición de Marco Barrantes Torres, ocurrida el 18 de marzo de 1988 en las instalaciones del SIE en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército Peruano. En este caso, existiendo un testimonio directo (testimonio de Gamonal Yaranga, quien afirmó

⁶⁴ Según el artículo 50 (numerales 5 y 6), las presuntas víctimas o sus representantes y el Estado demandado podrán formular preguntas por escrito a los declarantes ofrecidos por la contraparte que hayan sido llamados a prestar declaración ante fedatario público. Asimismo, estas declaraciones otorgadas ante un fedatario público, de manera pertinente, son trasladadas a la contraparte para que este formule sus observaciones en el plazo que fije la Corte o su Presidencia.

⁶⁵ Caso *Blake contra Guatemala*, o. cit., § 51.

⁶⁶ *Ibidem*, § 46.

haber visto a Barrantes Torres en los calabozos de SIE antes de su desaparición), no se valoró adecuadamente, pues, según los considerandos de la referida Sala, *el testigo no fue persistente en su dicho incriminatorio*, ya que mientras en el proceso militar seguido por delito de infidencia afirmó no haber visto al ciudadano Barrantes Torres en las instalaciones del SIE, en todas las demás declaraciones ofrecidas en los ámbitos policial y judicial reconoció haberlo visto detenido en dicho establecimiento. Acertadamente, la Corte Suprema declaró nula dicha sentencia ordenando nuevo juicio, en el que se condenó a los implicados en tal hecho valorándose adecuadamente el testimonio directo junto con otras pruebas circunstanciales.⁶⁷

En sentido similar se pronunció la misma Sala Penal Nacional en el caso *Los Laureles Base Contra Subversiva N.º 313 - Tingo María*, en el que se efectuó la desaparición de Esaú Cajas Julca a inicios de la década de los noventa. En este caso, existiendo prueba indiciaria y el testimonio directo de Jorge Rosas Olivera, que en forma persistente afirmó haber visto detenido en la Base Militar de Tingo María a Esaú Cajas Julca antes de su desaparición, la referida Sala, de manera equivocada, optó por ignorarlo y absolver a los acusados del delito.⁶⁸

5.2. La prueba circunstancial o indirecta

En la mayoría de las sentencias emitidas por la Corte IDH observamos la utilidad y relevancia de las pruebas indirectas o circunstanciales para acreditar hechos alegados por la Comisión y determinar la responsabilidad del Estado.⁶⁹ Dentro de la categoría de *prueba circunstancial* encontramos los *indicios* y las *presunciones*, muchas veces confundidos en su estructura lógica. Por ello, antes de examinar el tratamiento de los indicios por la Corte IDH, haremos algunas precisiones sobre este medio de prueba indirecta.

Por *indicio* debemos entender todo hecho conocido del cual se infiere otro desconocido, pues indicio puede ser un hecho o suceso. Su enunciación viene dado por: a) *un hecho conocido o indicador*, b) *un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar* y c) *una inferencia lógica por medio de la cual, partiendo del hecho conocido, se logra con certeza o probabilidad deducir el hecho que se pretendía conocer*.⁷⁰

⁶⁷ Resolución de la Sala Penal Nacional en el expediente 16-2006, del 14 de febrero de 2007.

⁶⁸ Resolución tomada de Luis Vargas Valdivia: "Tratamiento de la prueba en el delito de desaparición forzada: especial referencia la prueba indiciaria", en Víctor Manuel Quinteros (coord.): o. cit., pp. 217 ss.

⁶⁹ Cf. Juan Pablo Gallego: o. cit., p. 55.

⁷⁰ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., p. 379. El autor, luego de definir lo que es un indicio, distingue entre indicios *necesarios* (como aquel que de manera inequívoca e infalible demuestra la existencia o inexistencia del hecho

Para la eficacia probatoria del indicio, la Corte Suprema del Perú, fijando un criterio vinculante, estableció como requisitos:

1. certeza del hecho indicador que determine el carácter concluyente de la inferencia,
2. deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de singular fuerza acreditativa,
3. concomitantes o concurrentes al hecho que se pretende probar, y
4. deben estar interrelacionados, cuando son varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia.⁷¹

Los *indicios* se diferencian de las *presunciones* en que, mientras la presunción va de lo conocido a lo desconocido en virtud del *principio de identidad* (identidad de hecho conocido y desconocido), el raciocinio del indicio va de lo conocido a lo desconocido a la luz del *principio de causalidad*.⁷²

En estas circunstancias la Corte IDH admite, actúa y aprecia las pruebas indiciarias y las presunciones. Este tribunal efectúa su valoración *flexibilizando* las exigencias para el convencimiento. Por ello, en los crímenes de desaparición forzada de personas la aludida considera como hechos indicativos para determinar la responsabilidad de los Estados en la comisión de estos crímenes los siguientes eventos: a) *la existencia de una práctica gubernamental de desaparición de personas*, y b) *la vinculación de la desaparición de la víctima con dicho evento*, sumado a *la imposibilidad de demostrar lo contrario por el Estado*. En caso de que estos se comprueben, *estaríamos ante la probable responsabilidad Estatal de un crimen de lesa humanidad*.⁷³

investigado) y *contingentes* (que se dan cuando el efecto derivado del hecho indicador puede tener varias causas probables).

⁷¹ Ejecutoria Suprema recaída en el R. N. n.º 1912-2005/Piura. Mediante acuerdo plenario de las salas penales de la Corte Suprema, se declaró que el fundamento 4.º de dicha ejecutoria tenga carácter vinculante. En similar sentido, cf. Giovanni Leone: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ejea, 1963, pp. 161 ss.; Germán Pabon Gómez: *Lógica del indicio en materia criminal*, Bogotá: Themis, 1995, pp. 153 ss.

⁷² Cf. Marco Antonio Díaz De León: *La prueba en el proceso penal*, México: Porrúa, 1990, p. 880.

⁷³ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, o. cit., § 131: "La prueba indiciaria o presuntiva resulta de vital importancia cuando se trata de denuncias sobre la desaparición, ya que esta forma de represión se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima"; § 124: "El argumento de la Comisión se basa en que una política de desapariciones, auspiciada o tolerada por el Gobierno, tiene como verdadero propósito el encubrimiento y destrucción de la prueba relativa a las desapariciones de los individuos objeto de la misma. Cuando la existencia de tal práctica o política haya sido probada, es posible, ya sea mediante prueba circunstancial o indirecta, o ambas, o por inferencias lógicas pertinentes, demostrar la desaparición de un individuo concreto, que de otro modo sería imposible, por la vinculación que tenga esta última con la práctica general". En reciente jurisprudencia la Corte IDH reitera la importancia de las pruebas indiciarias en estos crímenes que se caracterizan por procurar desaparecer todo elemento que permita comprobar el secuestro, el paradero y la suerte de la víctima. En el mismo sentido, véase caso *Anzualdo Castro contra Perú*, fondo, § 38.

De esta manera, reconociendo la dificultad que implica acreditar la comisión del crimen de desaparición forzada de personas, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia, *reconoce la importancia de las pruebas circunstanciales en el convencimiento de las afirmaciones de las partes*. Sin embargo, la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de otras pruebas (circunstanciales o indirectas), para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de tales prácticas. Así, con este argumento la Corte IDH consideró que el Estado de Honduras no era responsable de la desaparición de Francisco Fairén Garbi, pues concurren:

[...] numerosas e insalvables dificultades de prueba para establecer que estas desapariciones hayan ocurrido en Honduras y que, por tanto, sean imputables jurídicamente a este Estado. En efecto, como ya lo ha dicho la Corte, ha sido plenamente demostrado que, en la época en que ocurrieron los hechos existía en Honduras una práctica represiva de desaparición forzada de personas por razones políticas. Esa práctica representa en sí misma una ruptura de la Convención y puede ser un elemento de primera importancia para fundar, junto con otros indicios concordantes, la presunción judicial de que determinadas personas fueron víctimas de esa práctica. No obstante, la sola comprobación de la práctica de desapariciones no basta, en ausencia de toda otra prueba, aun circunstancial o indirecta, para demostrar que una persona cuyo paradero se desconoce fue víctima de ella.⁷⁴

En jurisdicción interna nuestra Sala Penal Nacional, en su primer pronunciamiento sobre el delito de desaparición forzada de personas (caso *Castillo Páez*), describió una serie de indicios que constituyen exigencias probatorias para la determinación e imputación de responsabilidades individuales en el mencionado delito, a saber: a) *la participación de los agentes del Estado, personas o grupos de personas que actúan bajo el control con autorización o aquiescencia en la privación de la libertad de la víctima, cualquiera que su forma sea*; b) *si los funcionarios no dieron información oportuna a los familiares respecto al paradero de la víctima o simplemente negaron la privación de la libertad de la víctima*; c) *si se negó información sobre el paradero de la víctima*, y d) *si existió renuencia del Estado para sancionar a los presuntos responsables del delito y además una política de encubrimiento*. La comprobación de tales indicios, sumada a los testimonios y documentos actuados en juicio, determinó la responsabilidad de Juan Carlos Mejía León y Juan Fernando Aragón Guibovich, entre otros.⁷⁵

No obstante, la Sala Penal Nacional no ha mantenido este criterio en todos sus pronunciamientos. Así, se puede hacer referencia al caso de la desaparición de Marco

⁷⁴ Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*, o. cit., § 157.

⁷⁵ Resolución de la Sala Penal Nacional en el caso *Castillo Páez*, del 26 de marzo de 2006.

Barrantes Torres, efectuada por personal del SIE en 1988 en el marco de un delito de infidencia contra el Ejército peruano. En este caso, existiendo prueba directa e indicios concurrentes (el hallazgo de la libreta personal de Marco Barrantes que posteriormente se incorporó al proceso militar, la concurrencia de un agente del SIE a la casa de los familiares llevando una carta escrita por Marco Barrantes posterior a su desaparición, un operativo ordenado desde las altas esferas del Ejército para detener a todos los implicados en el delito de infidencia o venta de información clasificada, entre otros), la Sala decidió absolver por insuficiencia probatoria a todos los implicados, pues consideró que los indicios no eran suficientes para enervar la presunción de inocencia.⁷⁶ Esto motivó que la Corte Suprema, a nuestro juicio de manera correcta, declarara su nulidad y ordenara un nuevo juicio,⁷⁷ el mismo que concluyó recientemente condenando a cuatro de los cinco implicados en la desaparición forzada de Marco Barrantes Torres.

5.3. Prueba documental

Las pruebas documentales en los crímenes de desaparición forzada de personas por sí mismas no son idóneas para comprobar la veracidad de tales violaciones, puesto que, por definición, aquellas sirven por sí mismas para ilustrar o comprobar, por vía de la representación, la existencia de un hecho cualquiera o la exteriorización de un acto humano.⁷⁸ Además, el documento tiene como característica que puede ser un acto solemne (esto es, que para la existencia material de tal acto la ley establece su forma de celebración) o *ad probationem* (cuando la formalidad no está recogida por la ley).

El cuestionamiento de esta prueba dependerá de su origen. Si es de carácter público, el afectado por la prueba no podrá desconocer el documento, sino que lo único que podrá alegar es su falsedad, la misma que deberá acreditar. Si es de naturaleza privada, el afectado por la prueba podría desconocerla e incluso alegar su falsedad, para lo que deberá tachar la prueba, pues de lo contrario el documento quedaría reconocido. En este sentido, la Corte IDH *admite valor probatorio a aquellos documentos presentados por ambas partes que no hayan sido controvertidos ni objetados, ni cuya autenticidad haya sido puesta en duda, por lo que tienen validez y eficacia probatoria.*⁷⁹

⁷⁶ Resolución de la Sala Penal Nacional en el expediente 16-2006, del 14 de febrero de 2007.

⁷⁷ Ejecutoria Suprema emitida por la Primera Sala Pena Transitoria de la Corte Suprema en el R. N. n.º 1809-2007.

⁷⁸ Cf. Jairo Parra Quijano: o. cit., pp. 295 ss.

⁷⁹ Caso *Castillo Páez contra Perú*, cit., § 39; caso *Loayza Tamayo contra Perú*, cit., § 53.

Por último, la Corte IDH también reconoce las limitaciones del presente medio probatorio dadas sus características y los condicionamientos exigidos para su existencia, pues es casi imposible acreditar la realización de un crimen de desaparición forzada de personas solo con prueba directa o documental. Por ello, estas pruebas necesariamente deben ir acompañadas con otras de carácter circunstancial que permitan acreditar las violaciones a derechos fundamentales por los agentes del Estado demandado.⁸⁰

5.4. La prueba de informes

En casi todos los sistemas jurisdiccionales, durante el desarrollo de la controversia, se suelen encontrar en el ofrecimiento de pruebas aquellas que no están contempladas en la lista definida de los códigos procesales. Estas pruebas no previstas por la legislación muchas veces son rechazadas por cuanto no se determina la forma en que serán admitidas y actuadas. Sin embargo, dada la vigencia del *principio de libertad probatoria*, son finalmente apreciadas por el tribunal. Tal es el caso de la *prueba de informes*.⁸¹

Al respecto, la doctrina procesal entiende por prueba de informes aquella en la que las partes solicitan que una dependencia pública, empresa del sector privado, servidor público o persona física brinde al tribunal determinada información relativa a los hechos deliberados en el marco de un procedimiento judicial. A través de la prueba de informes, entonces, *se expresa una situación de hecho existente o que ha existido, siempre en torno a los hechos controvertidos*.⁸²

Esta prueba suele confundirse con la *prueba documental*; sin embargo, no reúne las características esenciales de esta. En efecto, por *documento* se entiende la representación literaria de un hecho o una idea, mientras que el informe es elaborado a pedido del juez o de la parte para que un tercero brinde información en forma documentada. Al tener esta característica, la doctrina reconoce la prueba de informes como un *medio de prueba autónomo cuya naturaleza jurídica está entre el testimonio y la prueba documental*.⁸³

⁸⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 130.

⁸¹ Si bien es cierto que nuestro Código de Procedimiento Penales vigente no reconoce expresamente los informes como medio probatorio, la nueva norma procesal penal que viene implementándose progresivamente desde el 2004 sí lo hace en su artículo 188, y faculta al juez o fiscal de la investigación preparatoria la posibilidad de requerir informes sobre datos que consten en registros oficiales o privados, llevados conforme a ley. Además, dada la vigencia en materia probatoria del *principio de libertad de prueba*, el juez no puede rechazar los elementos de convicción por el solo hecho de no estar reconocidos expresamente, salvo que sean impertinentes, inconducentes o inútiles.

⁸² Cf. Jorge A. Clariá Olmedo: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, t. V, p. 189.

⁸³ Cf. Eduardo M. Jauchen: o. cit., pp. 532 ss.

Así las cosas, dado que este tipo de prueba carece de una regulación que establezca la formalidad para su incorporación al proceso, *su admisión, actuación y valoración deberán realizarse observando los principios rectores en materia probatoria*. En ese sentido, a efectos de ser admitida, la prueba de informes deberá someterse a los juicios de pertinencia y licitud. Asimismo, en la etapa de actuación, debe posibilitarse el contradictorio con el afán de evitar desigualdad entre las partes.

Ahora bien, vista la jurisprudencia desarrollada por las jurisdicciones nacionales y supranacionales, la prueba de informes es un elemento de convicción empleado con frecuencia a pesar de no encontrarse regulada normativamente, ya que para la solución de una controversia no bastan los conocimientos de derecho, sino que será menester recurrir a otras especialidades que resulten necesarias e indispensables para decidir las causas.

La Corte IDH, acertadamente, reconoce el valor probatorio que puede tener la prueba de informes. Es más, en muchas ocasiones utiliza sus poderes probatorios *de oficio* para ordenar su actuación. Así, en las primeras controversias formuladas contra el gobierno de Honduras, el tribunal ordenó una serie de diligencias entre las que se encontraba la elaboración de un informe pericial sobre la firma de una de las presuntas víctimas. Asimismo, solicitó varios informes certificados y constancias de oficiales de los gobiernos de El Salvador y Guatemala.⁸⁴ Por su parte, en el *caso Aloeboetoe y otros contra Surinam*, se envió a un funcionario de la Corte IDH para que realizara una inspección judicial sobre la situación en que se encontraba la tribu supuestamente afectada, de sus usos y costumbres, además de solicitar el dictamen de un experto en la cultura de la misma población.⁸⁵

Sin embargo, este tratamiento que la Corte realiza de los *informes técnicos* viene a ser particular, pues más allá de su contenido y valor probatorio acepta incorporarlo como prueba en el proceso con el fin de acreditar aspectos circundantes al crimen o las consecuencias que aquel genera en el agraviado y sus familiares. Así, en el *caso Castillo Páez contra Perú* declaró, sobre el *informe técnico* elaborado por la especialista Carmen Wurst Calle de Landazuri:

[...] dicho documento no es una experticia específica practicada a estos, sino un estudio sobre las consecuencias psicológicas generales producto de las desapariciones y el asilo

⁸⁴ Caso *Fairén Garbí y Solís Corrales*, cit., § 44-46.

⁸⁵ Caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, sentencia de 10 del setiembre de 1993, fondo, § 39-40.

político [...] representa un complemento [...] por lo expuesto acepta incorporar al acervo probatorio el informe técnico.⁸⁶

5.5. *Eficacia probatoria del Informe final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación

Un tema peculiar que se ha venido suscitando en la práctica judicial es el referido al *Informe final* emitido por la Comisión de la Verdad y Reconciliación, que propiamente no podría calificarse como *prueba de informe* al no compartir una característica distintiva (como es la orden o solicitud del juez o de alguna de las partes a un tercero para que emita un informe) de tal medio de prueba. En ese sentido, cabe mencionar que la Comisión de la Verdad y Reconciliación —entidad instaurada con el objetivo de promover la reconciliación nacional, el imperio de la justicia y el fortalecimiento del régimen democrático constitucional— fue creada mediante decreto supremo⁸⁷ y conformada por especialistas cuyo encargo fue esclarecer el proceso, los hechos y responsabilidades de la violencia terrorista y de la violación a los derechos humanos producidos desde mayo de 1980 hasta noviembre de 2000, imputables tanto a las organizaciones terroristas como a los agentes del Estado.

El *Informe final* se enfocó en hechos como asesinatos y secuestros, desapariciones forzadas, torturas y otras violaciones graves a los derechos fundamentales de las personas (principalmente integrantes de comunidades andinas y nativas del país). Para la elaboración de dicho informe los comisionados realizaron sesiones en las que recabaron testimonios de miembros de las fuerzas armadas, víctimas de la violencia terrorista y estatal. El análisis y el debate de todos los elementos acopiados dio como resultado el *Informe final*.⁸⁸

La designación mediante decreto supremo convierte a sus miembros en funcionarios públicos, cuyo encargo se delimitó en dicha norma. El cumplimiento del encargo dentro de los parámetros establecidos convierte al *Informe final* en un documento válido, no solo por su formalidad sino también por la rigurosidad en su confección. Su validez no puede ser cuestionada, en tanto dichos funcionarios actuaron por encargo y dentro

⁸⁶ Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998, fondo, § 43-45.

⁸⁷ Creado por el presidente de la República mediante decreto supremo 065-2001-PCM.

⁸⁸ Publicado el 28 de agosto de 2003.

de los lineamientos precisados por la norma.⁸⁹ Por ello, este informe no puede ser desconocido, sino aceptado y reconocido *erga omnes*.

Sin embargo, cabe la pregunta: *¿El contenido del Informe admite prueba en contrario?* A nuestro entender, la respuesta sería afirmativa, pues no se trata de un acto público —ceñido a una formalidad preestablecida por la ley—, sino del producto de una labor de análisis de distintos elementos de convicción acopiados por la entidad investigadora. Este parecer es sostenido por la Sala Penal Especial que condenó al expresidente Alberto Fujimori, la que reconoció su validez probatoria al ser un documento público correctamente emitido. Por ello, su invalidez solo podría establecerse en el supuesto de que los comisionados hubieran sido cesados en el cargo o cuando el contenido hubiera sido adulterado (lo cual no ocurrió en el *Informe final*).⁹⁰

Habiendo establecido la naturaleza documental del *Informe final*, deberíamos responder la siguiente pregunta: *¿Cuál es su grado de eficacia acreditativa?* Desde un punto de vista probatorio, el *Informe final* de la Comisión de la Verdad y Reconciliación no sirve para acreditar responsabilidad directa de los funcionarios estatales, sino que se constituye como un medio de prueba que permite contextualizar los hechos ocurridos en la década de los ochenta y noventa.⁹¹

En otras palabras, el *Informe final* no es indicativo de responsabilidades individuales —de carácter similar a una prueba indiciaria—,⁹² sino que es una *prueba circunstancial* que permite al juez situarse en un momento histórico, para de esa manera entender la situación del país en el momento de la comisión del delito. El *Informe* es un medio de prueba que permite *contextualizar los hechos, ubicar los objetos de prueba en un momento histórico y establecer cuál era la política imperante en el Perú*. La determinación de supuestas responsabilidades consignadas en él solo llega al grado de *sospecha*; ni siquiera permite alcanzar *probabilidad* de la participación individual en un acontecimiento delictivo.⁹³

Por ello, la Corte IDH, en sus sentencias del caso *La Cantuta contra Perú*, pese al allanamiento del Estado, no reconoce al *Informe final* como prueba plena determinante de la responsabilidad del gobierno por la violación de derechos fundamentales, sino que lo aprecia para determinar el contexto vivido durante un momento histórico en el país,

⁸⁹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 123.

⁹⁰ Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit., p. 117.

⁹¹ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 124.

⁹² Algunos le dan valor indiciario al informe, confundiéndolo con pruebas circunstanciales. Cf. Luis Vargas Valdivia: o. cit.

⁹³ *Ibidem*, p. 118.

que sumado a pruebas individuales sí ofrecen la veracidad de la ocurrencia del crimen.⁹⁴ Asimismo, en el caso *Anzualdo Castro contra Perú* la Corte IDH utilizó el *Informe final* para acreditar que las detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en la época en que ocurrieron los hechos se constituyeron en un

[...] mecanismo de lucha contrasubversiva empleado en forma sistemática por agentes estatales entre 1988 y 1993, en gran parte del territorio nacional, que adquirió mayor relevancia cuando el Poder Ejecutivo decidió que las Fuerzas Armadas reemplazaran a las Fuerzas Policiales en las tareas de control interno y combate a la subversión. Se atribuye a miembros de las Fuerzas Armadas el mayor porcentaje de las víctimas de esa práctica. El perfil general de las víctimas de desapariciones forzadas ocasionadas por agentes estatales apunta hacia grupos de personas relativamente más jóvenes y educadas que el resto de sus comunidades, especialmente en comparación con las víctimas atribuidas a Sendero Luminoso. Además, aunque los campesinos conforman el grupo más numeroso entre las víctimas de desaparición forzada, esta práctica fue proporcionalmente más utilizada en contra de estudiantes universitarios.⁹⁵

La Corte IDH continuó señalando:

El *modus operandi* utilizado en las desapariciones forzadas tuvo las siguientes características o etapas: “selección de la víctima, detención de la persona, depósito en un lugar de reclusión, eventual traslado a otro centro de reclusión, el interrogatorio, la tortura; el procesamiento de la información obtenida, la decisión de eliminación, la eliminación física, la desaparición de los restos de la víctima, [y] el uso de los recursos del Estado”. El denominador común en todo el proceso era “la negación del hecho mismo de la detención y el no brindar información alguna de lo que sucedía con el detenido. Es decir, la persona ingresaba a un circuito establecido de detención clandestina, del cual con mucha suerte salía con vida”. La compleja organización y logística asociadas a la práctica de la desaparición forzada exigía el empleo de recursos y medios del Estado.⁹⁶

⁹⁴ Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso *Fujimori*, § 123: “[...] 3. [...] la CIDH en numerosos fallos en los que ha sido parte el Perú le ha reconocido [al Informe Final] mérito probatorio. [...] En la SDCHIDH La Cantuta, párrafo doscientos veinticuatro, literal b), dijo: “[...] el trabajo de dicha Comisión constituye un esfuerzo muy importante y ha contribuido a la búsqueda y determinación de la verdad de un período histórico del Perú. No obstante, sin desconocer lo anterior, la Corte considera pertinente precisar que la “verdad histórica” contenida en ese informe no completa o sustituye la obligación del Estado de establecer la verdad también a través de los procesos judiciales [...]”.

⁹⁵ Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 48.

⁹⁶ *Ibidem*, § 49.

Por las razones anteriores, sumadas a otras pruebas indiciarias y referenciales, la Corte IDH dio por probado que agentes estatales, incluidos del SIE, privaron de libertad o secuestraron al señor Anzualdo Castro el 16 de diciembre de 1993 y lo llevaron a los sótanos del SIE, donde permaneció detenido durante un período indeterminado, y su paradero se desconoce hasta el momento.⁹⁷

5.6. Tratamiento de las informaciones periodísticas

La doctrina procesal tiene especial cuidado al tratar las informaciones periodísticas que se introducen como medios de prueba a los procesos. Esto es así porque *tales aportes son de carácter informativo y no documental*. Por ello, la información deberá ser analizada de conformidad con su fuente informativa, más que con aquella desarrollada por el periodista en forma de opinión. En otras palabras, *la eficacia acreditativa de las informaciones periodísticas dependerá de que la fuente informativa sea cierta y veraz*.

Por ello, acertadamente la Corte IDH reconoció que a las informaciones que se recogen en los medios de comunicación —sean periódicos o revistas— *no se les puede otorgar el carácter de prueba documental propiamente dicha*.⁹⁸ Sin embargo, el mismo tribunal señaló en su sentencia del caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*:

[...] muchos de ellos, sin embargo, constituyen la manifestación de hechos públicos y notorios que, como tales, no requieren en si mismos de prueba; otros tienen valor, como ha sido reconocido por la jurisprudencia internacional [...] en cuanto reproducen textualmente declaraciones públicas especialmente de altos funcionarios de la Fuerzas Armadas, del Gobierno o de la propia Corte Suprema de Honduras; finalmente, otros tienen importancia en su conjunto en la medida en que corroboran los testimonios recibidos en el proceso respecto de las desapariciones y la atribución de esos hechos a las autoridades militares o policiales de este país.⁹⁹

En ese sentido, las publicaciones periodísticas deberán considerarse medios de prueba *admisibles y valorables* siempre que tales apreciaciones se hagan con otros (medios de prueba) *de modo conjunto y global*. Al no ser medios de prueba testificales no se los debe someter al régimen correspondiente. En realidad, nos encontramos ante *una*

⁹⁷ *Ibidem*, § 50.

⁹⁸ Caso *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, cit., § 75; caso *Fairén Garbí y Solís Carrales contra Honduras*, cit., § 145; *Godínez Cruz contra Honduras*, cit., § 52.

⁹⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 146.

noticia objetiva que es además de *dominio público*. Para afirmar esto, deben cumplirse dos condiciones: a) *que reflejen hechos incontrastables o declaraciones de personalidades sociales o funcionarios públicos*, y b) *que no hayan sido cuestionadas ni desmentidas*.¹⁰⁰

6. Sobre las sostenidas intromisiones de la Corte IDH en el ámbito judicial interno

Habiendo analizado prudentemente las cuestiones referidas al *procedimiento probatorio* y a la *valoración individual de la prueba* en el crimen de desaparición forzada de personas, nos manifestaremos a continuación sobre dos importantes asuntos que constituyen el tema de fondo del presente artículo. El primero es el referido a *la verificación de una actuación excesiva de la Corte IDH, la que se traduce en una sostenida intromisión en el ámbito judicial interno*.

En efecto, de la reciente jurisprudencia de la Corte IDH se puede colegir que, si bien se reconoce a esta como un tribunal supranacional orientado a la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos —en lo que aquí importa, por la ocurrencia del crimen de desaparición forzada de personas—, de su ejercicio es posible verificar una suerte de *injerencia del referido tribunal en asuntos internos*. En ese sentido, la Corte IDH parece confundir sus alcances competenciales con los de los tribunales nacionales al ordenar a estos últimos *dejar sin efecto, anular, modificar decisiones o adoptar medidas concretas en el ámbito interno*.¹⁰¹

Pues bien, sobre este asunto consideramos que la Corte IDH *no puede revisar* como si fuese un *tribunal de última instancia* las decisiones de los órganos judiciales nacionales. Consecuentemente, la firmeza de la decisión del tribunal interno debería ser completamente *independiente* de la decisión de la Corte supranacional. Estas ideas —básicas—, sin embargo, pierden sentido si de la propia actuación jurisprudencial de la Corte IDH se percibe una práctica consistente en ordenar a los tribunales nacionales reabrir un proceso para volver a juzgar a una persona condenada o absuelta con

¹⁰⁰ Véase Sentencia de la Sala Penal Especial en el caso Fujimori, § 73.

¹⁰¹ Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 53.

sentencia definitiva, anular o declarar la invalidez de una ley o conminar la inaplicación de importantes instituciones penales como la prescripción.

Sobre la intromisión de la Corte IDH en funciones propias del Poder Judicial nacional puede hacerse referencia —en aras de una mayor claridad expositiva— a un ejemplo obtenido de la propia jurisprudencia. En el caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, la Corte IDH manifestó:

El Estado debe remover todos los obstáculos, de facto y de jure, que mantienen la impunidad en este caso, e iniciar las investigaciones que sean necesarias para determinar a todos los responsables de la detención y desaparición del señor Ibsen Peña. El Estado también debe iniciar las investigaciones pertinentes para determinar lo sucedido a Rainer Ibsen Cárdenas, y para aplicar efectivamente las sanciones y consecuencias que la ley prevea. El Estado debe dirigir y concluir las investigaciones y procesos pertinentes en un plazo razonable, con el fin de establecer toda la verdad de los hechos [...] el Estado deberá: [...] determinar los autores materiales e intelectuales de la detención y posterior desaparición forzada de los señores Rainer Ibsen Cárdenas y José Luis Ibsen Peña. Además, por tratarse de violaciones graves a los Derechos Humanos, y en consideración de la naturaleza de los hechos, el Estado no podrá aplicar leyes de amnistía ni argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de esta obligación [...].¹⁰²

Como vemos, la Corte IDH dicta medidas que van más allá de la mera declaración de responsabilidad del Estado: *incide sobre cuestiones que deberían ser propuestas, desarrolladas y resueltas en el ámbito judicial interno*. Esto, para nuestra sorpresa, significaría una contradicción con lo que podemos encontrar en la CADH a partir de una diligente lectura. En efecto, en ningún lugar del aludido instrumento normativo se indica que el Estado deba iniciar persecución de naturaleza alguna. Así, el artículo 63 del mencionado dispositivo señala únicamente:

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 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.

¹⁰² Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, cit., § 237.

No es desatinado reconocer entonces —a partir de la conminación a los Estados para que estos adopten medidas que en el fondo inciden considerablemente en esferas que constituyen manifestación de la soberanía nacional— una *progresiva transformación* de la Corte IDH en una suerte de “legislador, juez y administrador supremo de los estados americanos”.¹⁰³

La segunda cuestión de trascendencia sobre la que deseamos manifestarnos en esta sección gira en torno al *estándar probatorio utilizado por la Corte IDH y las consecuencias que tales criterios generan en la determinación de hechos de naturaleza delictiva por los que los Estados demandados son hallados como responsables*. En efecto, aquí partimos de la admisión de que el *estándar probatorio* de la Corte IDH para el juzgamiento de los Estados, como se expuso ampliamente *supra*, se caracteriza por su *flexibilidad* y por requerir solamente de *veracidad* o *verosimilitud* en los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado demandado. De esto puede conjeturarse un distanciamiento de los parámetros probatorios —mucho más estrictos— propios de un procedimiento de naturaleza penal desarrollado en el ámbito nacional, orientado a la fundamentación de la responsabilidad criminal de un individuo (procedimiento en el que, evidentemente, se debe probar tal responsabilidad más allá de toda duda razonable). En ese sentido, si bien es cierto que el proceso internacional y el proceso penal (nacional) pueden partir de la *misma base fáctica*,¹⁰⁴ deberá atenderse a su *diferente sentido jurídico* (responsabilidad del Estado en el proceso internacional, responsabilidad del individuo en el proceso penal interno), lo cual incide indudablemente en la *determinación de diferentes reglas probatorias*.¹⁰⁵

A partir de una revisión de la jurisprudencia, es posible señalar que la Corte IDH —teniendo como objetivo el determinar la responsabilidad internacional del Estado por la violación de derechos o libertades reconocidos en la Convención— puede *afirmar* la existencia de un determinado hecho delictivo, lo que es posible, por ejemplo, a través de *pruebas testimoniales indirectas* y *pruebas circunstanciales* (de las que se generan las *inferencias lógicas pertinentes* y la *verificación de la vinculación del hecho con una práctica general de carácter vulneratorio por el Estado*). Pero, como queda claro, tal afirmación se hace

¹⁰³ Ezequiel Malarino: o. cit., p. 61.

¹⁰⁴ *Ibíd.*, p. 54.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 56. Malarino señala que los distintos objetos procesales y las distintas consecuencias que se derivan de ambos tipos de procesos no solo inciden en las reglas de prueba, sino también en el *régimen de la acción* y la *participación procesal*.

a partir de *criterios probatorios flexibles*, incompatibles con los que rigen la determinación de un suceso delictivo en un proceso penal (en el ámbito interno).

Así las cosas, el *reconocimiento de la ocurrencia de un crimen* por la Corte IDH —concretamente, un caso de desaparición forzada de personas— puede constituirse como un imperioso *paso previo* para declarar el concreto incumplimiento de las disposiciones de la CADH por el Estado (por ejemplo, al contravenir el deber de perseguir y sancionar graves violaciones a los derechos humanos, establecido en el artículo 1.1. de la Convención). Sin embargo, el camino seguido en el ámbito internacional para la admisión del acaecimiento de tal suceso delictivo (que conlleva declarar al Estado como responsable) debería circunscribirse a tal escenario (pues tal admisión se realizó a partir de reglas probatorias que, aunque flexibles y basadas en la veracidad o verosimilitud de las violaciones, son al fin y al cabo suficientes para declarar la responsabilidad internacional del Estado) y *no debería trascender ni desplegar efectos vinculantes en el ámbito judicial interno*, de tal manera que las decisiones en el ámbito nacional *no tendrían por qué quedar supeditadas o condicionadas a lo dispuesto en el proceso internacional*.

Sin embargo, de la jurisprudencia de la Corte IDH se puede colegir una orientación opuesta. Y es así porque de varios casos resueltos por el aludido tribunal supranacional es posible apreciar una suerte de *imputación personal indirecta*, es decir, la atribución de un hecho criminal —admitido en el ámbito internacional— *a personas naturales externas al proceso supranacional*. En otras palabras, la Corte IDH, al asentir la ocurrencia de un concreto suceso delictivo —por ejemplo, la desaparición forzada de determinada persona—, impone sobre el Estado, de manera indirecta: a) la obligación de *atribuir indefectiblemente* una responsabilidad penal sobre personas en el ámbito interno por un suceso probado a través de criterios flexibles, reñidos con los inherentes al proceso penal; o, en todo caso, b) el compromiso de *partir de su supuesta responsabilidad*, violentando el principio de presunción de inocencia. En buena cuenta, estamos aquí ante una *cuestionable predisposición condenatoria que el Estado debe asumir como consecuencia de haber sido hallado responsable en el ámbito internacional* o, si se quiere, ante una *considerablemente elevada tendencia estatal a imponer penas por hechos sostenidos como probados en el marco del litigio supranacional*. Aquí, más que en ningún lugar, se pone en evidencia la *tendencia punitivista* asumida por la Corte IDH en sus últimas sentencias.¹⁰⁶

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 48. El autor manifiesta una tendencia punitivista de la Corte IDH cuando, a través de sus decisiones, anula los derechos fundamentales del imputado alegando la especial necesidad de proteger a las víctimas a partir de la gravedad del acontecimiento delictivo. Como sostiene el citado autor: “La Corte está creando jurisprudencialmente un derecho de excepción para las graves violaciones de los derechos humanos, en la cual

Como vemos, los principales afectados de la expuesta propensión del Estado, son, indudablemente, *las personas naturales externas al proceso internacional*. Así, estas, al no intervenir en la controversia internacional —en tanto no son parte en la causa—, *carecen de la posibilidad de formular los mecanismos de defensa que consideren pertinentes y adecuados, o de presentar o discutir prueba sobre las cuestiones que en el marco de tal controversia se debaten*.

Finalmente, creemos que la responsabilidad internacional del Estado se fundamenta en el incumplimiento de las disposiciones de la Convención. En ese sentido, en lo que respecta concretamente al crimen de desaparición forzada de personas, aquella responsabilidad deberá fundamentarse en la infracción, por el Estado, *de perseguir de manera adecuada los sucesos delictivos*. En ese sentido, la Corte IDH debería limitarse a manifestar que el Estado no ha cumplido con su obligación de perseguir y efectuar sus investigaciones en el fuero interno, y no conminarlo a adoptar medidas que transgreden ámbitos reconocidos ordinariamente como privativos de la soberanía nacional.

7 • Conclusiones

A partir del examen de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, en la presente investigación se han expuesto de manera sistemática las reglas y los estándares probatorios utilizados por el referido tribunal para llegar al convencimiento de la existencia de un crimen de desaparición forzada de personas. En efecto, la Corte IDH admite que las *pruebas documentales y testimoniales directas*, por la complejidad que caracteriza a los casos materia de indagación, *no son las únicas que pueden fundamentar la sentencia*. Dada la naturaleza clandestina del crimen de desaparición forzada, las *pruebas testimoniales indirectas y pruebas circunstanciales* (inclusive, medios de prueba *autónomos*, como la “prueba de informes”) también pueden ser utilizadas, *en tanto de aquellas se deduzcan conclusiones consistentes sobre los hechos*. Asimismo, la Corte IDH ha advertido que la *prueba indiciaria* resulta de especial importancia en el caso del crimen de desaparición forzada de personas, ya que esta particular forma de vulneración de los derechos humanos se caracteriza por procurar la supresión de todo elemento que permita comprobar el secuestro y el paradero de las víctimas.

no solo no hay *ne bis in idem*, ni retroactividad de la ley penal, no plazo razonable de duración del proceso, sino tampoco plazo de prescripción, ni amnistía posible”.

Es importante mencionar que la admisión y valoración de las mencionadas fuentes de prueba implican la asunción, por la Corte IDH, *de una flexibilización de las exigencias en materia de prueba*. Así, el referido tribunal ha manifestado en diversas ocasiones que los criterios de apreciación de la prueba por un tribunal supranacional (que, como el caso de la Corte IDH, se orienta al amparo de los derechos humanos) se caracterizan por su *amplitud*, pues al tener como objetivo fundamental la determinación de la responsabilidad internacional de un Estado por la afectación de los derechos fundamentales de la persona, *es posible adoptar una mayor flexibilidad en la valoración de la prueba rendida ante el tribunal sobre los hechos pertinentes*, de conformidad con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (*libre convicción* o *sana crítica* como sistema de valoración probatoria asumido por la Corte IDH). Asimismo, de la jurisprudencia se desprende la necesidad de tomar en consideración *el objeto y fin de la Convención*, ya que la apreciación de pruebas no puede ser realizada sin tomar en cuenta los parámetros ofrecidos por tal instrumento normativo.

Cabe resaltar el interés de la Corte IDH en mantener la *paridad de las partes* durante el proceso controvertido (a pesar de referirse a una materia compleja como es el crimen de desaparición forzada de personas). Esto es así ya que, de no atender a las disparidades concurrentes entre las partes, *sería imposible la postulación de una igualdad fáctica y procesal en el marco de la causa*. Por ello, la Corte IDH reconoce en su jurisprudencia que, *ante la dificultad de recabar pruebas por el demandante, es el Estado el que tiene la obligación de esclarecer los hechos denunciados*. En efecto, en el proceso internacional la defensa del Estado no puede alegar que la contraparte no adjuntó prueba. Por ello, el Estado deberá cooperar en la producción de prueba de la parte demandante, dado que es posible una inversión en la carga de la prueba.

Finalmente, en la presente investigación se han expuesto algunos lineamientos orientados a demostrar una *injustificada injerencia de la Corte IDH en asuntos privativos de los órganos judiciales nacionales*. Efectivamente, de las sentencias del tribunal supranacional es posible observar una progresiva recurrencia a una *indefectible atribución de hechos* —los que además son alcanzados a través de un estándar probatorio flexible, característico del proceso internacional— a personas naturales que, *aunque no son parte del proceso internacional, son indirectamente objeto de la decisión de la Corte IDH*, con lo que se vulneran sus garantías genéricas del derecho de defensa y de la presunción de inocencia.

Bibliografía

- AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.
- AMBOS, Kai, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación de Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- AMBOS, Kai, y María Laura BÖHM: “La desaparición forzada de personas como tipo penal autónomo. Análisis comparativo internacional y propuesta legislativa”, en Kai AMBOS (coord.): *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, Bogotá: Temis, 2009.
- ARIANO DEHO, Eugenia: *Problemas del proceso civil*, Lima: Jurista, 2003.
- BINDER, Alberto: *Introducción al derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1993.
- CAFFERATA NORES, Jorge, y otros: *Manual de derecho procesal penal. Cátedra A, B y C*, 2.^a edición, Córdoba: Ciencia, Derecho y Sociedad, 2004.
- CARDOSO ISAZA, Jorge: *Pruebas judiciales*, Bogotá: Librería del Profesional, 1986.
- CARO CORIA, Dino Carlos: “El Nuevo Código Procesal Penal: ¿Eficacia o garantismo?”, en *Actualidad Jurídica*, t. 129, agosto 2004.
- CAROCCA PÉREZ, Álex: *La garantía constitucional de la defensa procesal*, Barcelona: Bosch, 1998.
- CLARÍA OLMEDO, Jorge A: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, t. V.
- CLIMENT DURAN, Carlos: *La prueba penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: *Teoría general de la prueba judicial*, Buenos Aires: Alberti, 1981, t. I.
- *Tratado de Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editar, 1984, t. V.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio: *La prueba en el proceso penal*, México: Editorial Porrúa, 1990.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor: *Los derechos humanos y su protección internacional*, Lima: Grijley, 2009.
- GALLEGO, Juan Pablo: *La desaparición forzada de personas en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007.

- JAUCHEN, Eduardo: *Tratado de la prueba en materia penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.
- LEONE, Giovanni: *Tratado de derecho procesal penal*, Buenos Aires: Ejea, 1963.
- MAYER, Julio B. J. (comp.): *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993.
- PABON GÓMEZ, Germán: *Lógica del indicio en materia criminal*, Bogotá: Themis, 1995.
- PARRA QUIJANO, Jairo: *Manual de derecho probatorio*, Bogotá: Librería del Profesional, 6.ª edición, 1996.
- PICÓ I JUNOY, Joan: *El derecho a la prueba en el proceso civil*, Barcelona: Bosch, 1996.
- QUINTEROS, Víctor Manuel (coord.): *Judicialización de violaciones de derechos humanos. Aportes sustantivos y procesales*, Lima: IDEHPUCP, 2010.
- SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Grijley, 2003, t. I.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Manual de derecho procesal penal*, Lima: IDEMSA, 2004.
- SATTA, Salvatore: *Manual de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1971.
- SENTÍS MELENDO, Santiago: *La prueba. Los grandes temas del derecho probatorio*, Buenos Aires: Ejea, 1979.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo: “Las declaraciones testificales anteriores inconsistentes con la prestada en juicio. A propósito de la jurisprudencia vinculante de la Corte Suprema”, en *III Congreso Internacional de Derecho Procesal*, Lima: Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, 2005.
- “Juicio oral y actividad probatoria en el nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Biblioteca Edición Bicentenario (1804-2004) del Colegio de Abogados de Lima*, 2004.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis: *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona: Bosch, 1984.

Jurisprudencia consultada

Corte IDH

- Caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*, sentencia del 4 de diciembre de 1991 (fondo).
- Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22 de septiembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998 (fondo).

- Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas).
- Caso *Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras*, sentencia de 15 de marzo de 1989 (fondo).
- Caso *Gangaram Panday contra Surinam*, sentencia del 4 de diciembre de 1991 (excepciones preliminares).
- Caso *Gelman contra Uruguay*, sentencia del 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones).
- Caso *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989 (fondo).
- Caso *Gómez Palomino contra Perú*, sentencia del 22 de noviembre de 2005 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia del 12 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia*, sentencia del 1 de setiembre de 2010 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas).
- Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de diciembre de 1997 (fondo).
- Caso *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas).
- Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, sentencia del 26 de enero de 2000 (fondo).
- Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988 (fondo).

Tribunal Constitucional (Perú)

- Expediente n.º 2488-2002-HC/TC, del 18 de marzo de 2004.
- Expediente n.º 2798-04-HC/TC, del 09 de diciembre de 2004.
- Expediente n.º 4587-2004-AA/TC, del 29 de noviembre de 2005.
- Expediente n.º 4677-2005-PHC/TC, del 12 de agosto de 2005.

Corte Suprema (Perú)

- R. N. n.º 2976-2004/Lima, del 30 de septiembre de 2004.
- R. N. n.º 2779-2006/Lima, del 18 de diciembre de 2007.
- R. N. n.º 1598-2007/Lima, del 24 de septiembre de 2007.
- R. N. n.º 1809-2007/Lima, del 11 de septiembre de 2008.
- R. N. n.º 3198-2008/Lima, del 27 de abril de 2009.

Sala Penal Nacional (Perú)

Caso *Castillo Páez*, expediente n.º 111-2004, sentencia del 26 de marzo de 2006.

Caso *Marco Barrantes Torres*, expediente n.º 16-2006, Resolución del 14 de febrero de 2007.

Caso *Esau Cajas Julca (Los Laureles)*, expediente n.º 16-2006, sentencia del 13 de octubre de 2009.

Sala Penal Especial (Perú)

Caso *Fujimori*, expediente n.º A. V. 19-2001, sentencia del 7 de abril de 2009.

DERECHO AL RECURSO DEL IMPUTADO: DOBLE CONFORME Y RECURSO DEL FISCAL

Alfredo Chirino Sánchez

RESUMEN. El tema de la impugnación en el moderno proceso penal ha recibido un renovado interés de la ciencia y del legislador. En el contexto latinoamericano ese interés surge a partir del fallo *Mauricio Ulloa contra Costa Rica* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Este precedente provocó una reforma del sistema de casación en Costa Rica, donde se ha diseñado un modelo de apelación que entrará en vigencia en el año 2011. El presente estudio contiene un análisis de este modelo, el cual resulta de interés no solo por ser la primera reacción legislativa al fallo mencionado, sino también porque encierra la clave de las probables formas que adquirirá en el futuro el modelo de impugnación del proceso penal latinoamericano. Es de esperar también que el estudio del modelo del *doble conforme* y de los recursos en manos de la fiscalía den la clave para analizar probables disfunciones del sistema de impugnación penal. Un sistema de impugnación funcional y efectivo de la sentencia condenatoria sigue siendo de gran trascendencia en materia de derechos humanos del justiciable y tiene indudables repercusiones en la realización de las garantías del debido proceso.

Palabras clave: proceso penal, debido proceso legal, impugnación, jurisprudencia, Costa Rica.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Thema der Anfechtung im modernen Strafprozess stößt in der Wissenschaft und beim Gesetzgeber auf erneutes Interesse. Im lateinamerikanischen Kontext geht dieses Interesse auf die Entscheidung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte im Fall *Mauricio Ulloa gegen Costa Rica* zurück. Dieser Präzedenzfall führte zu einer Reform des Kassationssystems in Costa Rica; ein Berufungsmodell wurde entwickelt, das 2011 in Kraft treten wird. Die vorliegende Untersuchung analysiert dieses Modell, das nicht nur deshalb von Interesse ist, weil es die erste Reaktion des Gesetzgebers auf die genannte Entscheidung darstellt, sondern auch, weil ihm für die voraussichtliche künftige modellhafte Ausgestaltung

der Anfechtung im lateinamerikanischen Strafprozess eine Schlüsselrolle zukommt. Zu erwarten ist auch, dass die Untersuchung des Modells der *Übereinstimmung in zwei Instanzen* und der der Staatsanwaltschaft zur Verfügung stehenden Rechtsmittel Aufschlüsse für eine Analyse wahrscheinlicher Funktionsstörungen des Anfechtungssystems im Strafverfahren gibt. Ein funktionierendes, wirksames System zur Anfechtung einer Verurteilung ist mit Blick auf die Menschenrechte des der Gerichtsbarkeit Unterworfenen von größter Bedeutung und wirkt sich zweifellos auf die Umsetzung der Garantie eines rechtmäßigen Verfahrens aus.

Schlagwörter: Strafprozess, rechtmäßiges Verfahren, Anfechtung, Rechtsprechung, Costa Rica.

ABSTRACT. Legal scholars and legislators have devoted attention to the mechanisms for challenging judgments in modern criminal proceedings. In Latin America this interest was awakened by the *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* decision of the Inter-American Human Rights Court. This case led to a reform of the system of *casación* (extraordinary appeals on procedural grounds) in Costa Rica, and the implementation of an appeals mechanism in 2011. This article analyses that model, not only because it is the first legislative response to the Court case, but also because it possibly leads the way for new forms of appeal in Latin American criminal proceedings. Hopefully the study of the *doble conforme* model (right of appeal to a higher court) and of the appeals available to the prosecuting authorities will lead to identifying any malfunctions. An effective and efficient system of appealing judgments of conviction has the greatest significance for the human rights of the accused and undoubted effects on due process guarantees.

Keywords: criminal procedure, due process of law, appeal, case law, Costa Rica.

1 ● El derecho a recurrir la sentencia condenatoria como un derecho humano del justiciable

Las fuentes históricas sobre el derecho liberal a recurrir la sentencia pueden retrotraerse a Beccaria,¹ a quien su deseo de asegurar la independencia de los jueces frente a los monarcas lo llevó a negar la posibilidad de que las sentencias pudieran ser apeladas.²

En cambio, la historia de la casación puede retrotraerse a fuentes aún más antiguas, que pueden llegar al derecho romano. Referencias a los orígenes etimológicos del vocablo *casación* y *casar* los ubican como cercanos a la idea de *anular* y *quebrar* respectivamente, que proceden del derecho romano.³ Su origen iusprivatista planteaba las cuestiones que serían dirimidas en una diferenciación entre aspectos referidos a las normas y a los hechos. Así, la *quaestio iuris* y la *quaestio factii* empezaron a hacer tradición en los antecedentes históricos de los errores judiciales que podían ser examinados por tribunales superiores, pero con una serie de diferenciaciones en el derecho romano que no podemos entrar a analizar aquí.⁴

El derecho a recurrir la sentencia tiene, entonces, vinculaciones muy diversas, pero su esencia está inapelablemente unida a la necesidad de revisar los fallos para evitar errores judiciales, con el fin de anularlos por tales errores o modificarlos.⁵

La condena en un proceso penal de cualquier naturaleza, y sobre todo en aquellos derivados del sistema de los derechos humanos, debe estar basada en una sentencia que ha respetado los principios derivados de la legalidad criminal, pero en especial los de naturaleza adjetiva, tales como los de juez natural, *non bis in idem*, imparcialidad e independencia judicial, igualdad de las partes, principios derivados de las prohibiciones probatorias, y otros que tienen que ver con la intervención del justiciable y el ejercicio efectivo de su defensa material y técnica. Todos estos principios conectan, naturalmente,

¹ Así lo hace en nuestro medio Llobet, quien sostiene que la preocupación de Beccaria es justamente política, tesis que aceptamos. Cf. Javier Llobet Rodríguez: *Derecho procesal penal*, III: "Garantías procesales (segunda parte)", San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2007, p. 227.

² Cesare Beccaria: *De los delitos y de las penas* (traducción de J. A. de las Casas), Madrid: Alianza, 1988, p. 30.

³ José Joaquín Ureña Salazar: *Casación penal y derechos humanos*, San José (Costa Rica): Jurídica Continental, 2006, pp. 24-26.

⁴ Con más referencias, Ureña: o. cit., pp. 26 ss.

⁵ Llobet: o. cit., p. 227.

con el respeto a la dignidad de la persona humana y justifican que la fase impugnativa tenga un carácter de enorme importancia en la realización del debido proceso.⁶

El derecho a recurrir la sentencia es, entonces, no solo un medio de alcanzar una sentencia justa y legal,⁷ sino también un medio de realizar principios valiosos derivados de la legalidad criminal, que conectan directamente con el respeto a la dignidad humana. Debe haber un medio efectivo, por lo tanto, que repare las sentencias que se aparten del derecho y creen condiciones de injusticia para el caso concreto.

Fue el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos el que permitió el desarrollo de un derecho del imputado a impugnar la sentencia condenatoria. El artículo 14, inciso 5, expresamente estableció:

Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 8.2.*h*, previó el derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior.

⁶ Con este criterio, en especial, Carlos Alberto Chiara Díaz y Daniel Obligado: *la nueva casación penal: consecuencias del fallo Casal*, Rosario (Argentina): Nova Tesis, 2005, p. 12.

⁷ El mismo Tribunal Constitucional español ha entendido que el derecho a la impugnación de las sentencias es un derivado de la tutela judicial efectiva; en ese sentido se pronunció ya desde la STC de 2 de julio de 1987. En este fallo se sostiene que el derecho a la tutela judicial efectiva “[...] se extiende al derecho al recurso o recursos que las leyes establecen contra las resoluciones judiciales, a favor de la parte o partes que, con interés legítimo y entendiendo que su derecho ha sido desconocido o limitado, las impugnen en forma, constituyendo así el recurso una prosecución del proceso y, al tiempo, una revisión del mismo por un órgano superior, que ha de decidir conforme a lo alegado críticamente por las partes, oídas contradictoriamente, permaneciendo, pues vivos los principios de contradicción y de audiencia bilateral que integran la tutela judicial efectiva”. Otros fallos de finales de la década de los ochenta del siglo XX se orientaron en este sentido, como la sentencia del 17 de diciembre de 1986, 29 de enero, 12 de febrero, 23 de abril, 29 de junio y 17 de julio de 1987. Con más referencias, cf. José Garberí Llobregat: “Consideraciones sobre la naturaleza jurídica del recurso de anulación penal”, en Edmundo Vásquez Martínez (ed.): *Derechos fundamentales y justicia penal. Edmundo Vásquez Martínez. Liber Amicorum*, San José (Costa Rica): Juricentro, 1992, p. 152. Hay que recordar que España fue condenada por violar el artículo 14 del PIDCP, en virtud de considerarse que el recurso de casación que tenía era excesivamente formalista. En el dictamen del Comité de Derechos Humanos de la ONU estableció: “[...] No obstante, el comité pone de manifiesto, que al margen de la nomenclatura dada al recurso en cuestión, este ha de cumplir con los elementos que exige el Pacto. De la información y los documentos presentados por el Estado Parte no se refuta la denuncia del autor de que su fallo condenatorio y la pena que le fuera impuesta no fueran revisados íntegramente. El comité concluye que la inexistencia de la posibilidad de que el fallo condenatorio y la pena del autor fueran revisadas íntegramente, como se desprende de la propia sentencia de casación citada en el punto 3.2 limitándose dicha revisión a los aspectos formales o legales de la sentencia, no cumple con las garantías que exige el párrafo 5 del artículo 14 del Pacto”. Dictamen en el caso n.º 701-96, *Cesario Gómez contra España*, citado por Ureña: o. cit., pp. 69-70.

El reconocimiento de estos dos importantes instrumentos de derechos humanos trajo consigo la regla del *doblo conforme*, con razón denominada también *del juicio sobre el juicio*. Es el derecho del condenado a que el fallo condenatorio y la pena impuesta sean revisados por un tribunal superior conforme a las prescripciones legales.

Esta condición, que será analizada más adelante, con razón ha sido criticada como un efecto colateral del derecho del ministerio fiscal o del querellante de recurrir la sentencia absolutoria del justiciable. Pero, en esencia, se trata de una fórmula que intenta marcar una regla que no lleve a una sucesión interminable de juicios en contra del justiciable, en los a veces se lo absuelva y a veces se lo condene, según la integración del tribunal y según las razones por las cuales se ha provocado un juicio de reenvío.

En el famoso caso *Herrera Ulloa contra Costa Rica*,⁸ del 2 de julio de 2004, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fue muy clara al establecer que, conforme al artículo 8.2.b de la Convención, el recurso disponible, sea cual fuere su denominación, debía garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior y, en especial, de la pena impuesta.

Así las cosas, resulta evidente el énfasis de la Corte IDH en una amplia revisión de la sentencia; es decir, en el examen integral de la decisión no se estaba concretando únicamente a los problemas derivados de los errores en cuanto a los hechos y el derecho, sino que requería un análisis más amplio del fallo que garantizara que hasta los elementos que repercutían en la medición y determinación de la pena pudieran ser sopesados por un tribunal superior.

No pensamos que este énfasis tenga que ver con la nomofilaquia,⁹ o el anquilosamiento de la jurisprudencia de casación, sino con la garantía de una amplia revisión del fallo de instancia, incluso de los temas relacionados con la prueba y su valoración, así como de la fijación de los hechos sobre los cuales se realizará el juicio de tipicidad.

La razón del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* tiene su base, entonces, en la idea de que el recurso de casación en Costa Rica no proveía garantía suficiente de una revisión integral del fallo, y que las partes sentían cerrado el acceso a un análisis comprensivo de los asuntos que interesan a esa fase impugnativa del fallo.¹⁰

⁸ Citado a continuación según la transcripción que aparece en la página web de la Corte IDH, disponible en http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf.

⁹ Crítico sobre ella Ureña: o. cit., p. 157.

¹⁰ Habría que aceptar que en buena parte de la historia de la casación costarricense imperó un criterio formalista, cerrado, que dejaba a las partes sin acceso a una revisión del fallo, precisamente por no cumplir meros requisitos formales, que la Sala de Casación consideraba *ab initio* como fundamentales para proceder a un estudio de la causa. Solían analizarse el recurso de casación propuesta a la búsqueda de defectos tales como falta

Lo cierto es que antes del fallo de la Corte IDH ya había habido interpretaciones favorables a una casación más abierta y menos formalista. La Sala Constitucional costarricense, en su voto 719-90, ya había interpretado, por ejemplo, que la CADH era de aplicación inmediata en el sistema jurídico, y que las limitaciones a recurrir en casación derivadas únicamente del monto de la pena impuesta debían tenerse por no puestas. Esta interpretación se oponía directamente a la tendencia sostenida por la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia de los años ochenta del siglo XX.¹¹

De hecho, la misma Corte IDH, en su resolución n.º 26-86 (caso 9328, Costa Rica) ya se había pronunciado en el sentido de que a un justiciable se le había negado el derecho que reconoce el artículo 8.2 de la CADH y le recomendó al Gobierno de Costa Rica que procurara enmendar esa circunstancia, concediéndole un plazo de seis meses para que adoptara las medidas legales correspondientes. Ese plazo fue prorrogado varias veces, hasta que llegaron los fallos de la Sala Constitucional 282-90 y 719-90 y se decidió archivar los casos abiertos hasta esas fechas.¹²

Los accionantes ante la Corte IDH en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica* indicaron que el recurso de casación disponible en la legislación patria en contra de la sentencia penal no es un recurso pleno y con capacidad para revisar de manera completa el caso en los hechos y en el derecho, y que se resuelve con diversos y complicados formalismos. Agregaron que el recurso de casación no permitía la reapertura del caso a pruebas y tampoco a una nueva valoración de las ya producidas. Los demandantes consideraron, asimismo, que es correspondiente a “una amplia y plena apelación” una revisión completa de la sentencia de primera instancia. Subrayaron que la sentencia de casación se suscribió al denominado *principio de la intangibilidad de los hechos probados* y

de citación de normas de rito o sustantivas lesionadas, adecuada separación de los motivos de forma y fondo y una adecuada fundamentación con una propuesta correcta de la propuesta de enmienda del yerro planteado. Además existía una limitación legal para el recurso de casación en virtud de la pena impuesta, lo que llevaba a los tribunales inferiores a intentar fallar los casos con este tipo de penas para no pasar por el tamiz de la casación penal, y de esa manera evitar una sobreexposición de cara a eventuales objetivos de crecimiento en la carrera judicial. Lo cierto es que hacia finales de esa década de los años ochenta y bien entrada la década de los noventa del siglo XX ya esos requisitos formales habían ido abandonándose y existía una generosa apertura de la sede de casación, facilitada también por el examen del tema desde la perspectiva constitucional. La tendencia se fortaleció con la puesta en funcionamiento del Tribunal Superior de Casación hacia mediados de la década de los noventa, que permitió una ampliación de los efectos benéficos de una casación menos formalista y más comprometida con una revisión detallada de las lesiones a derechos fundamentales del imputado.

¹¹ Cf. votos n.ºs 366-83; 258-A-85; 135-A-88; 188-A-88 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

¹² Cf. Llobet: o. cit., pp. 232-233 (nota 11). Con más referencias a los pronunciamientos previos también Ureña: o. cit., pp. 76-83.

que resolver un cuestionamiento como el que pretendían los recurrentes habría sido dar cabida a un recurso de casación por violación indirecta a la ley sustantiva.¹³

La Corte IDH hizo un amplio análisis de la regulación legal de la casación costarricense (artículos 443 a 451)¹⁴ y concluyó que el derecho a recurrir el fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal,

[...] en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona.¹⁵

Es evidente que la Corte IDH refuerza la idea de que el derecho a recurrir el fallo es en sí mismo una garantía derivada del debido proceso y que debe regir antes de que la sentencia adquiera valor de cosa juzgada. Así entendido el fallo, se decanta por seguir comprendiendo la acción de análisis del fallo que se realiza en casación, la cual deja firme el fallo una vez se ha emitido la sentencia estimativa o que rechaza los motivos planteados por el impugnante.¹⁶

2 • La sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* y la apertura del recurso a favor del imputado

Como se ha sostenido en el apartado precedente, la sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* llegó en el año 2004, cuando muchas de las aparentes incompatibilidades del sistema legal de impugnación de Costa Rica habían venido siendo superadas

¹³ Demanda presentada ante la Corte IDH por las víctimas el 31 de marzo de 2003, en especial numerales 159-181.

¹⁴ Sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, numerales 149-154.

¹⁵ *Ibidem*, numeral 158.

¹⁶ Lo expuesto es interesante, toda vez que la casación no fue concebida originalmente, en sus fuentes del derecho francés, como una defensa de intereses de partes sino como una defensa *del ius constituionis*; esto es, se pretendía proteger al Poder Legislativo del Judicial, impidiendo que las sentencias derogaran el texto expreso de la ley. Así, Fernando De la Rúa: *La casación penal*, Buenos Aires: Depalma, 1994, pp. 13 ss. Así las cosas, la casación que proviene del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* tiene que ver más con las pretensiones de la parte acusada, con el objetivo de buscar reparación a las afrentas sufridas en sus derechos fundamentales con la sentencia condenatoria de instancia. Se trata de una justicia para el caso concreto que provee el Tribunal de Casación.

tanto por la jurisprudencia judicial como también por la constitucional. Incluso los aires del movimiento de “apertura” ya soplaban fuertes entonces, aun cuando podría coincidirse en que la Ley de Apertura de la Casación¹⁷ requería todavía más tiempo y el propio impulso del fallo de la Corte IDH para que tuviera existencia.

Aun cuando el fallo citado de la Corte IDH se refería a un supuesto de hecho diverso al tema del recurso de casación, pues tenía que ver con una posible afrenta al derecho de libertad de expresión y la condenatoria en contra de un periodista que había proveído información sobre un caso de relevancia pública, su repercusión más importante lo fue en la temática del derecho a la impugnación del fallo condenatorio.

Esta sentencia de la Corte IDH ha tenido repercusión importante en la doctrina nacional y extranjera,¹⁸ sobre todo en los países que siguieron el Código Procesal Penal Tipo para Iberoamérica de 1988, que preveía únicamente el recurso de casación contra la sentencia y no el de apelación.¹⁹ Esta repercusión no es casual, ya que casi a modo de un efecto dominó, el fallo de la Corte IDH debería preocupar a todos los países que aún tienen una casación formalista cerrada, y son los que eventualmente tendrían que revisar sus legislaciones con el fin de compatibilizarlas con la interpretación de la Corte IDH.

La Corte habla, asimismo, de que la garantía de recurrir el fallo condenatorio no se satisface únicamente previendo la existencia de un órgano superior en grado para conocer de la impugnación, sino que este debe tener previsiones jurisdiccionales que lo legitimen a conocer el caso concreto.²⁰

Más adelante fortalece la idea de que el recurso del que se habla en la sentencia de la Corte IDH es más bien un recurso ordinario que controle eventuales decisiones jurisdiccionales contrarias a derecho mediante un examen integral de la decisión recurrida.²¹

En el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez dentro de la sentencia *Herrera contra Costa Rica*, se lanzan algunas interrogantes adicionales que provienen de la tesis central sostenida por la Corte IDH.

El juez García Ramírez explora con detalle el derecho a la doble instancia, y en primer término distingue el papel del recurso extraordinario de revisión, que por su naturaleza es especial, frente al de casación y apelación.

¹⁷ Ley de Apertura de la Casación Penal, ley n.º 8503, del 18 de abril de 2006.

¹⁸ Con detalle sobre dicha influencia, Llobet: o. cit., pp. 230-231.

¹⁹ *Ibidem*, p. 231.

²⁰ *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, numeral 159.

²¹ *Ibidem*, numerales 161 y 164.

La perspectiva del voto razonado parte de la idea de que el recurso ordinario previsto para el análisis de la sentencia condenatoria debe estar preordenado a proteger los derechos humanos del individuo. Por ello, el tribunal superior debería poder entrar al fondo de la controversia, examinar los hechos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas y la valoración de estas, el derecho invocado y su aplicación, las reglas de determinación y fijación de las penas, el bien jurídico penalmente tutelado, la culpabilidad del agente y el concurso de atenuantes y agravantes. Tantos temas, según lo propuesto por el juez García Ramírez, solo pueden ser atendidos mediante un recurso de amplio espectro, que permita un “sistema de suplencia” de los agravios a cargo del tribunal de alzada, el cual pueda, en tal situación, sortear las insuficiencias y los errores de una defensa deficiente.²²

Desde nuestro punto de vista, el juez García Ramírez no estaba proponiendo convertir la casación en una *apelación sui generis*. Al respecto comenta:

35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente solo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocromático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia.

Con Llobet²³ podemos concordar en que la Corte IDH realmente no está obligando a Costa Rica a que introduzca el recurso de apelación, o a que transforme el recurso de casación en una apelación. La temática tiene interés pues, como lo explica nuestro tratadista, si en el caso de Mauricio Herrera se entiende que su gestión ante la Corte IDH fue declarada con lugar por no haber contado con un recurso de apelación, podría entenderse que todo ciudadano que no haya contado con un recurso de apelación también podría haber sido afrentado, y en tal caso podría plantear un procedimiento

²² Cf. voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, numerales 28-32.

²³ Llobet: o. cit., pp. 261 ss.

de revisión de la sentencia.²⁴ Y esto con efectos retroactivos a la puesta en vigencia de la CADH.²⁵

El pronóstico de una interpretación tan ominosa sería que el sistema penal tendría que considerar que todas las personas condenadas adquirirían el estatus de presos preventivos, que tendrían derecho a una apelación de su sentencia y a la renovación de su juicio, con todas las desventajas de reabrir un procedimiento cerrado ya hace largo tiempo, en términos de la prueba testimonial, principalmente, que podría ya no estar disponible en la forma que lo estuvo al momento del juicio.

3 • El papel de los medios de impugnación en el proceso penal acusatorio

El proceso penal acusatorio es una respuesta a los indudables excesos y limitaciones del inquisitivo, que regentó las formas procesales por muchos años. Esa época estuvo marcada por un quehacer judicial más cercano a la expiación de los pecados que a una forma de juzgamiento conforme al respeto de la dignidad humana.

El repotenciamiento de los derechos humanos en la justicia penal, y la búsqueda de un proceso penal que los realizara en todas y cada una de las etapas del proceso penal fue la condición necesaria para que se produjera el cambio esperado.

Hubo necesidad de cambiar las viejas tradiciones y las instituciones procesales que realizaban el inquisitivo, entre ellas el sitio inmovible del juez omnímodo que podía decidir el destino de una investigación y la condena de una persona según su particular percepción de la justicia. Esto se provocó, especialmente, con la separación de las actividades de investigar y juzgar, y concediendo un papel relevante al Ministerio Público. Este asumiría el monopolio de la acción penal pública, pero esta última orientada a la oportunidad reglada.

El énfasis en la oportunidad reglada y el pertrechamiento procesal del Ministerio Público fueron dos bastiones que permitieron hacer la cirugía mayor que requirió el proceso penal. Pero aún era necesario lograr un cambio importante en los roles de los

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Con más referencias a los criterios de la doctrina costarricense, cf. Llobet: o. cit., pp. 261-263.

intervinientes, aumentar, mejorar y profundizar el papel de la víctima en el proceso penal y aumentar el papel del derecho de defensa del justiciable.

Aun cuando se alzan voces críticas sobre la dificultad de entender este derecho de defensa y su verdadero alcance en el proceso acusatorio, resulta indudable que este resulta mejorado y ampliado en muchos aspectos, sobre todo desde el punto de vista de los medios de impugnación, como se analizará más adelante.

El proceso predominantemente adversarial que asumió Costa Rica, con un énfasis en la oralidad, ratificó que la tendencia era imparable: un proceso de partes, con un juez limitado en sus funciones de intervención y con un desplazamiento y eliminación de sus funciones investigativas, fueron los grandes bastiones de esa reforma procesal de 1996.

Cierto es que la reforma de 1996 solo debía continuar los avances vistos en 1975 con la reforma procesal vivida, que siguiendo las enseñanzas del Maestro Vélez Mariconde y el Código de Córdoba sentaba las bases para un procedimiento mixto moderno que regiría el quehacer procesal de Costa Rica por más de treinta años.

La reforma de 1996, orientada principalmente en los trabajos del Código Procesal Penal Modelo para América Latina, daría un golpe de timón a los muchos desaciertos que se mantenían con una legislación que requería una profunda modernización, sobre todo de cara a la materia de atención a los derechos de la víctima y a un uso más intensivo de la oralidad.

El juez de la oralidad, muy diferente al de la inquisición, abierto y disponible a la publicidad, comunicativo y atento a las necesidades del proceso, era un reto para los roles judiciales vigentes hasta la década de los noventa en Costa Rica. De hecho podemos decir que es este uno de los grandes temas que han acompañado la reforma judicial costarricense, y en el que todavía trabajamos con ahínco.

Sin embargo, es la falibilidad del juez, el error humano en la valoración de la prueba, en la decisión de los asuntos y en el análisis de consecuencias de los actos procesales, lo que ratifica la necesidad de un adecuado modelo de impugnaciones, con el fin de controlar el error judicial, corregir las decisiones incorrectas y proveer a una justicia consecuente con las formas y los contenidos del respeto a los derechos fundamentales.²⁶

²⁶ Un problema presente en todos los modelos procesales. Cf. Víctor Fairén Guillén: *Teoría general del derecho procesal*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 481-484. Esta es también la naturaleza de la *Berufung* en el sistema procesal penal alemán; al respecto cf. Diethelm Kleszczewski: *Strafprozessrecht*, Colonia, Berlín y Múnich: Carl Heymanns, 2007, en especial en la nm. 571. La aceptación de la *Berufung* no estuvo, sin embargo, libre de controversia. Los representantes gubernamentales durante las discusiones legislativas en 1877 no dejaron de apuntar que la cuestión sobre los hechos no permite ser reabierta, así como que un nuevo procedimiento de la causa estaría afectado por el tiempo y la eventual influencia de los testigos por lo ocurrido durante el primer debate de la causa, lo que podría provocar una situación de deterioro del acervo probatorio. Esta última circunstancia es a la que se dirige con gran probabilidad el nuevo sistema de apelación que ha sido

Siempre es posible que un juez valore mal el testimonio de un testigo, no analice prueba ofrecida por la defensa o el Ministerio Fiscal o desarrolle una hipótesis de solución del caso basado en premisas lógicamente insostenibles. También es posible que el juez aplique mal el derecho sustantivo, niegue la aplicación de alguna figura de la Parte general que podría eliminar la tipicidad o la antijuridicidad de un hecho, o bien imponga una pena más gravosa que la que exige el legislador a través del programa de criminalización primaria contenido en la ley represiva.

Es por ello que la posibilidad de revisar estas decisiones, de cuestionarlas y de exigir un nuevo análisis sobre los temas procesales y de fondo es una garantía más del justiciable y del resto de los intervinientes en el proceso penal. Para ello se ha previsto un conjunto de reglas que abren la apelación; por ejemplo, para aquellos casos en que puede haber gravamen irreparable si no se resuelve la afectación de derechos humanos de una decisión judicial, o la casación para una revisión integral de la causa a fin de examinar eventuales lesiones al derecho de defensa y al debido proceso.²⁷

En la importancia de los medios de impugnación reside, casualmente, la gravedad del problema que quiero tratar en este trabajo, porque esta etapa es la que permite un amplio y eficiente control de las formas del proceso y de los principios que lo inspiran, pero también puede residir en ella una de las más graves carencias del proceso acusatorio moderno: cuando los medios de impugnación pierden su sentido de control y garantía para convertirse en una mera etapa sin sentido a la espera una justicia de casación tardía e innecesaria.

4 ● Apelación y casación como recursos del justiciable

La usual distinción entre apelación y casación suele hacerse radicar en la amplitud de la impugnación misma y en las facultades del tribunal superior sobre la sentencia emanada del tribunal de primera instancia. La apelación es así un *juicio sobre el hecho*,

asumido por Costa Rica y que entrará en vigencia en diciembre de 2011. Sobre la naturaleza de la *Berufung*, también Bernd Weiland: *Einführung in die Praxis des Strafverfahrens*, Múnich: Beck, 1996, 2.ª edición, p. 203; Friedrich-Christian Schroeder: *Strafprozessrecht*, Múnich: Beck, 1993, nm. 293-295.

²⁷ "Artículo 452. Resoluciones apelables. Además de lo dispuesto en el procedimiento contravencional y en la ejecución penal, el recurso de apelación procederá solamente contra las resoluciones de los tribunales del procedimiento preparatorio e intermedio, siempre que sean declaradas apelables, causen gravamen irreparable, pongan fin a la acción o imposibiliten que esta continúe."

que permite nueva valoración de la prueba, mientras que la casación es un *juicio sobre el juicio*, que viene a ser un examen argumentativo del fallo, es decir, un examen de los razonamientos.²⁸

Así las cosas, la apelación implica ubicar al tribunal que revisa en la misma condición del tribunal de instancia, pero limitado, eso sí, a los puntos de la impugnación.²⁹

En el caso de los sistemas escritos, el tribunal de apelación no tendría mayor problema al conocer los agravios, ya que las actas de las deliberaciones serían el objeto principal de su análisis. En cambio, en un sistema de oralidad, como el que ahora impera en Costa Rica, implicaría retornar a valorar las actuaciones conservadas en audio y video, y reproducir en dicha instancia el juicio que se dio ante el *a quo*. Las reservas planteadas por los accionantes en el caso *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, al indicar que solo en materia penal no hay una apelación prevista legalmente, no pueden ser asumidas como un elemento para declarar con lugar sus razones, pues los ejemplos que reproducen en materia civil y contencioso-administrativa (para la fecha de la sentencia) procedían de sistemas procesales eminentemente escritos. La materia penal ya para el año 2006 era predominantemente acusatoria y con muchas audiencias orales. Desde ahí reservar únicamente el recurso de casación para el juicio penal tenía una lógica procesal ineludible, derivada de la preservación de la inmediación generada en el juicio y porque es la obligación de los jueces de casación volver a las actuaciones orales que se produjeron en la especie para estimar y valorar los agravios deducidos por las partes.

Como bien lo explica Llobet, existiría también la posibilidad de pensar un recurso de apelación que es, en esencia, un nuevo juicio oral de la causa, en el que pueda recibirse de nuevo prueba, tal y como sucede en Alemania.³⁰ Orientar la propuesta en este sentido podría permitir recibir en la sede de apelación toda la prueba que había sido

²⁸ Una cuestión que no está libre de controversias. Al respecto del modelo de la *Berufung* alemana se pronuncia por ejemplo Kramer, quien indica que una nueva revisión de la cuestión decidida en primera instancia no significa una mejor decisión sobre los hechos, en especial por los ya apuntados problemas de replantear la cuestión a partir de cierto transcurso del tiempo y la afectación de la situación probatoria por lo vivido a través de la discusión en la primera instancia. Mantenerla como instituto procesal es, sin embargo, una cuestión esencial por las eventuales afectaciones a la forma de trabajo de los *Amtsgerichte* (tribunales locales) y porque eventualmente podría conducir a más retrasos procesales. Bernhard Kramer: *Grundbegriffe des Strafverfahrensrecht. Ermittlung und Verfahren*, Stuttgart: Kohlhammer, 2009, 7.ª edición, nm. 336. Esta cuestión, habría que analizarla de manera diferente en el modelo asumido para la revisión costarricense, en virtud de que los "retrasos procesales" podrían provenir precisamente de la estructuración de una segunda instancia que es, perfectamente, un nuevo juicio de la causa, con todos los efectos procesales agregados como lo serían retrasos por agendas llenas de los tribunales, prolongación de los plazos de prisión preventiva y dificultades para lograr la participación de testigos y víctimas en una nueva audiencia del juicio de apelación.

²⁹ Llobet: o. cit., p. 265.

³⁰ *Ibidem*, p. 267.

evacuada en el juicio oral y público previo, es decir, una *segunda primera instancia*, como la calificó en su momento la Exposición de Motivos del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988.

Una tercera opción podría ser un recurso que permita recibir prueba sobre el hecho, sobre todo cuando se aleguen nuevos hechos o elementos de prueba que puedan controvertir los hechos discutidos en el juicio de instancia. Según Llobet, se trataría aquí de un recurso de apelación limitado o de una *casación ampliada*, ya que:

[...] a pesar de que se introducen aspectos de la apelación, la función fiscalizadora sigue teniendo un carácter esencial y la renovadora uno excepcional.³¹

Una cuarta posibilidad, también descrita por Llobet, consiste en derivar el análisis a las constancias audiovisuales del primer juicio, donde el tribunal de apelación fiscalice lo sucedido, pero que también puede renovar lo discutido mediante una nueva valoración de la prueba. Con ello hay ahorros procesales innegables: no hay que realizar otro juicio de la causa.³²

Esta *sentencia integradora compleja*, como la llama Daniel Pastor, pretende una renovación parcial de la discusión limitada a los puntos impugnados por el justiciable. No obstante, es posible que este último pretenda una revisión integral de toda la sentencia de primera instancia, con lo que podría tornarse en una nueva “primera instancia”, pero ahora en apelación.³³ En cierta forma, como afirma Ureña, esta “nueva imagen de la casación propuesta por Pastor ya ha sido alcanzada en Costa Rica con la Ley de Apertura de la Casación”, en la potestad de los jueces de casación de decidir qué elementos del primer juicio pueden repetirse y cuáles no, lo que evita la crítica de Binding.³⁴

La casación, por su parte, ya no puede caracterizarse de la manera limitada como se hacía en sus antecedentes históricos franceses. La doctrina ha insistido en que para que pueda entenderse abierta y amplificada en su análisis, e implicar un ejercicio realista de garantía, debe preverse que no esté constreñida al análisis de ciertos errores o a buscar que se cumplan ciertos requisitos formales.³⁵ Como lo sostiene Maier, no se trata

³¹ *Ibíd.*, p. 268.

³² *Ibíd.*, p. 269.

³³ Cf. Daniel Pastor: *La nueva imagen de la casación penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001, pp. 146 ss.

³⁴ Ureña: o. cit., p. 135.

³⁵ Este es quizá uno de los grandes errores de la conversión de la casación costarricense en apelación, tal y como se ha alcanzado recientemente mediante una reforma legal. Se ha pretendido ampliar la apelación pero restringir la casación, haciéndola incluso servidora de la nomofilaquia al introducir un motivo de casación por jurisprudencia contradictoria entre los tribunales de apelación. La justicia penal habría estado mejor servida si

de derogar el recurso de casación e instaurar una apelación incompatible con el sistema oral, sino de rediseñarlo para que pueda cumplir con la misión que le ha encomendado el sistema interamericano de derechos humanos.³⁶

La doctrina ha empezado a observarlo como un remedio ordinario y como un recurso extraordinario, como solía entenderse.³⁷ Es de esta forma que se lo compatibiliza con la expresión de motivos del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, que buscaba un recurso ordinario, amplio, que garantizara una revisión integral de la sentencia condenatoria.

Quizá el problema más importante que debe discutirse es si la *nueva imagen de la casación* ha sucumbido a su heredada naturaleza de *fiscalizadora* o adquiere ahora una tarea de renovación. Esto último es importante, ya que si se observa el trabajo de los tribunales de casación que operan en países cuya regulación permite trabajar de manera no formalista, puede hacer un control de las cuestiones sobre los hechos y sobre la prueba desde la óptica de la argumentación del fallo de instancia. De tal manera que una ampliación o *apertura* debería recaer principalmente en un análisis amplio de las cuestiones de hecho y de la prueba.

Como la Corte IDH no aclaró de cuál recurso hablaba, ya que dejó un *margen de apreciación* a cada Estado,³⁸ existe la posibilidad de construir un modelo posible de recurso que llene las expectativas de la Corte IDH. Sin olvidar que el juez García Ramírez, en su voto razonado, hizo alusión varias veces al recurso de apelación como aquel que había sido preferido por él. Lo menciona Llobet al acudir al caso *Castillo Petruzzi y otros*,³⁹ donde el juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, a su vez en un voto razonado, indicó que no son solo las razones expuestas por la Corte IDH las que llevan a considerar lesiva la situación planteada (con relación a un tribunal militar), sino también el hecho de que el recurso no preveía suficiente extensión:

se hubiera mantenido el recurso de casación en manos de los tribunales de casación regionales en todas las materias penales sujetas a este recurso, dejando la última palabra, con un recurso de revisión limitado y con un análisis de admisibilidad estricto, en manos de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Podría haberse pensado, si se deseaba establecer algún estándar de análisis de jurisprudencia contradictoria, dejar un motivo de revisión por esta razón, y de esa manera habría conservado la Sala un papel de orientación y análisis dogmático de la interpretación de la ley penal. Con el sistema ahora previsto en la ley, que entrará en vigencia en diciembre, tarde o temprano la Sala tendrá que enfrentar cuestionamientos sobre la rigidez o el formalismo del recurso de casación, lo que la obligará a abrir su admisibilidad y con ello a caer nuevamente en la situación de mora judicial que ahora enfrenta.

³⁶ Julio Maier: *Derecho procesal penal*, t. I, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2.ª edición, 1999, p. 721.

³⁷ Cf. Chiara Díaz y Obligado: o. cit., p. 27.

³⁸ *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, numeral 161.

³⁹ Número 33 del voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez.

En el presente caso están reunidos diversos elementos que le permiten a la Corte concluir que no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia, pero no porque los organismos encargados de actuar en tal instancia pertenecieran a la justicia militar, sino porque no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio, recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente esa calificación. Solo por este último orden de razones y aunque no comparta las consideraciones que la condujeron al correspondiente resultado me uno a la conclusión adoptada por la Corte al declarar que el Estado violó el artículo 8.2 h) de la Convención Americana.⁴⁰

Lo cierto es que la Corte IDH no califica, en ningún momento de su fallo, que el recurso que llena las expectativas de la CADH sea el recurso de apelación y que abarque una renovación del juicio. Hay un margen de apreciación que, conforme a las reglas establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en opinión de Rainer Grote⁴¹ implica un margen dentro del cual los Estados pueden adoptar las medidas más adecuadas para cumplir con sus obligaciones. Dicho margen tiene como adresantes el legislador, los órganos ejecutivos y judiciales. Debe tenerse especial cuidado en atender a los fines, y a la comprensión de las fuerzas vivas del país que debe decidir, ámbito en el cual el juez internacional tiene poca información como para proveer desde su fallo a lo que mejor se acomoda a dicha condición y al contenido preciso de sus exigencias. El otro aspecto que debe tenerse en cuenta es el de la intensidad de la injerencia estatal en el derecho fundamental, ya que a mayor intensidad de injerencia deben esgrimirse mejores razones y análisis para legitimar la intervención estatal en dicho derecho fundamental.

Así las cosas, no podemos desprender del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* que la Corte IDH haya buscado garantizar un recurso de apelación para el justiciable, con función renovadora, y es plenamente compatible con dicho fallo una casación ampliada que, además de fiscalizadora, pueda renovar allí donde sea posible conforme al principio de inmediatez y conforme a los agravios planteados por las partes.

Como lo expone con razón Llobet, la Corte IDH no analiza por qué no es suficiente el control del cuadro fáctico que se hace en casación o la discusión que sobre la prueba se ha venido haciendo en esta sede, a partir de los agravios por falta de

⁴⁰ Corte IDH, caso *Castillo Petruzzi y otros*, voto razonado del juez Carlo Vicente Roux Rengifo, número 33.

⁴¹ Rainer Grote: "Limitaciones para la ley en la regulación de los derechos humanos en el derecho europeo, con especial referencia al derecho alemán", en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2003*, pp. 106-107, citado por Llobet: o. cit., pp. 276-277.

fundamentación, violación a las reglas de la sana crítica o por inaplicación del principio de *in dubio pro reo*.⁴²

En realidad, la jurisprudencia de Costa Rica es mucho más avanzada que la que pudo analizar la Corte IDH y la que proveyeron los peritajes que fueron introducidos en el fallo, y es muy probable que de haber sido aquilatados los avances realizados en materia de discusión de la prueba y de los hechos en casación se hubiera concluido que es esta figura la que mejor contempla los derechos del justiciable a la revisión del fallo, sin obligar a repeticiones innecesarias del juicio, a la prolongación de una incerteza de su situación jurídica y, en algún caso, a una prolongación de su privación de libertad preventiva.⁴³

Quizá lo más importante es la forma en que se procede al examen de las cuestiones debatidas en casación por el quejoso; es decir, es más trascendente la forma en que se realiza el estudio de los agravios sin necesidad de reproducir de nuevo el juicio oral, y con ello los costes enormes en términos de gastos y de justicia material en el caso concreto. Una buena actitud del juez de casación puede ser más garantizadora de los derechos fundamentales del justiciable que introducir una instancia más en el proceso, cuyo fin y objetivos son meramente formales, ya que, al final, en todos los casos se buscará que lleguen hasta casación, no solo por razones lógicas y de costos profesionales de los litigantes, sino porque los afectados querrán agotar todas las etapas previstas en la legislación a su favor.⁴⁴

⁴² Llobet: o. cit., p. 280.

⁴³ Como será dable esperar con la actual regulación de la “apelación” introducida con la reforma de la impugnación penal en Costa Rica de 2010, la que, además de estos riesgos, acarrea una prolongación insoportable del proceso penal que podría afrentar el principio de justicia pronta y cumplida y un proceso penal sin dilaciones indebidas, caros principios constitucionales que debieron anteponerse a la decisión apresurada de este cambio legislativo.

⁴⁴ Cf. Llobet: o. cit., pp. 293-294. También debe recordarse que no se ha explicado suficientemente por qué debe haber un nuevo juicio de la causa cuando ya un tribunal de primera instancia ha emitido su criterio. O se considera que el juez de la primera instancia es poco confiable o se cree que un tribunal de rango superior tendrá mejor criterio y solidez para llegar a una decisión de justicia en el caso concreto. Si esta última fuera la razón para justificar el modelo de doble instancia, bastaría con aumentar el número de jueces de la primera instancia o encargarle esa materia a jueces de superior jerarquía en el orden del Poder Judicial, con el fin de evitar los retrasos, recargas y afectaciones a los derechos del justiciable que el sistema implica. La garantía de revisión del fallo y la realización de los derechos fundamentales no brota naturalmente de que un tribunal superior conozca la causa. A los efectos del nuevo juicio, y esto en términos del convencimiento sobre los hechos, es tan idóneo el criterio de un juez novato como el de un juez de un tribunal superior. Cf. Mercedes Pérez Manzano: “El recurso de casación penal y el derecho del condenado a someter a revisión su condena”, en *Derecho y justicia penal del siglo XXI. Libro homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Colex, 2006, pp. 1122-1123.

5 • El interés en el cambio de la apelación en el proceso penal costarricense

La sentencia de la Corte IDH denominada *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, del año 2004, señala el punto de inflexión de un proceso intenso de pensamiento sobre el papel de la casación en el proceso penal moderno.

Principalmente el tema de la revisión integral de la sentencia, pero por sobre todas las cosas la práctica de una casación cerrada y normativista, eran los fantasmas que según la Corte IDH había que exorcizar del proceso penal costarricense, precisamente cuando la casación estaba viviendo uno de sus mejores momentos y se habían dado pasos agigantados hacia una garantía de revisión integral de la causa.⁴⁵

Desde la sentencia, la posición de importantes juristas costarricenses iba en la dirección de que era necesario un cambio del sistema de casación costarricense con el fin de garantizar esa libertad de acceso a la justicia, así como para lograr una revisión amplia de la causa, tanto de la prueba como de los hechos y, por supuesto, de la aplicación del derecho sustantivo. Sin embargo, la cuestión central era cómo llegar a esto. Alcanzar lo que ya se tiene tiende a ser algo complicado.

Para el momento de la sentencia de la Corte IDH que condenó a Costa Rica, ya lo hemos afirmado, principalmente por tener una casación que en realidad cumplía con todos los elementos que esta sentencia echaba de menos, se sugirió que era necesario ampliar los alcances de esa sede y aumentar las competencias del Tribunal de Casación, que, si bien existía desde el Código de Procedimientos Penales y fue recogido en el Código Procesal Penal de 1996, vio nacer su competencia recién en la década de los años noventa.⁴⁶

⁴⁵ El fallo de la Corte IDH de 2004 realmente pretendía obligar a Costa Rica a contar con 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 [...]” (n.º 161). Para la fecha de este fallo ya Costa Rica tenía una sede de casación que garantizaba esto, tal como lo hemos analizado en las secciones anteriores.

⁴⁶ Como consecuencia de las discusiones provocadas por el fallo de la Corte IDH, Costa Rica aprobó la denominada Ley de Apertura de Casación Penal, n.º 8503 (*La Gaceta* n.º 108, 6.6.2006). Esta ley eliminó otras formalidades que aún tenía el recurso de casación en la ley procesal, se permitió la recepción de prueba en esta sede, todo con el objetivo de garantizar un examen amplio de la sentencia.

Para ese momento, el Tribunal de Casación (que luego se convirtió en varios tribunales regionales, con más de 20 jueces en todo el país) ya empezaba a desmarcarse de la línea jurisprudencial de la Sala de Casación, y a producir una fértil interpretación de las instituciones procesales. Su trabajo ha sido reconocido en ámbitos profesionales y académicos, y su jurisprudencia calificada como de enorme calidad. Sin duda, el impacto de sus decisiones proporcionó confianza en que los criterios normativistas y rígidos que habían imperado en la vieja casación costarricense estaban superados, y dio la bienvenida a una época provechosa de discusión de los derechos de defensa y debido proceso.

La apelación, como tal, seguía limitada al gravamen irreparable y a unas pocas regulaciones procesales en que se permitía apelar directamente. Esto es, estaba limitada desde su concepción, pero no por lograr un proceso de doble instancia, sino para reducir su impacto en la duración del proceso. Sería entonces la casación que ya venía desarrollándose desde el Código de Procedimientos Penales de 1975, intensificada con la existencia del Tribunal de Casación, la que le daría realización al principio de doble instancia, garantizando un adecuado control de las garantías procesales y sustantivas.

Fue quizás la separación de las funciones entre el oficio del Tribunal y de la Sala de Casación lo que hizo más notoria la diferencia en el tratamiento de los problemas y el análisis jurídico de la legislación procesal. La Sala de Casación Penal perdió el sitio de honor, único y definitivo, que permitía dar criterios orientadores sobre la interpretación legal y el análisis de la interpretación de la argumentación judicial, y empezó a compartirlo con jueces que sin duda imprimieron un cambio trascendental en las formas de hacer dicha casación.

Muchos son los cambios en que se notó dicha nueva dirección. Primero vendría la interpretación del papel del derecho de defensa, y del ejercicio de las facultades probatorias en manos de la Policía Judicial y del Ministerio Público, para dar paso al desarrollo de una fértil jurisprudencia sobre el análisis lógico de la sana crítica y después proceder a hacer un cambio importante en la jurisprudencia sobre derecho sustantivo, especialmente en materia del análisis de la fijación de la pena. Junto con ello se produjeron cambios intensos en materia del análisis del concurso de delitos, y luego sobre el análisis de la tipicidad de ciertos hechos de relevancia, como los delitos sexuales y de drogas; estos últimos a raíz de los cambios legislativos de este siglo XXI que trasladaron esas competencias a los ya extendidos tribunales de casación de San José, Cartago, San Ramón y Santa Cruz en Guanacaste.

Con lo dicho es posible observar que en Costa Rica no había realmente una *crisis de la apelación* o del principio de doble instancia. Realmente había un problema de la

casación, que en una especie de monstruo de dos cabezas empezaba a decidir cambios jurisprudenciales basados en líneas ideológicas e interpretativas muy diversas.

Por un lado, el traslado de un importante porcentaje de los asuntos de casación a estos tribunales provocó una ampliación mensurable de su capacidad de decisión, ahora en materias con gran impacto social, como la criminalidad de drogas y los delitos sexuales. Por otra parte, la creación de varios tribunales y del nombramiento ya de tres secciones del Tribunal de Casación de San José aumentaba el espectro de resoluciones a todo el país. Porcentualmente y en cuanto a la calidad de las decisiones, la mesa estaba servida para una comparación de los servicios de justicia. Esto último en términos de agilidad en el trámite y en rapidez en la resolución de complejos asuntos jurídicos.

La casación originalmente atendida por el Tribunal de San José, que era el único en el país, limitada a la pequeña criminalidad y a otros asuntos poco complejos, terminó por ampliar su influencia por decisión del legislador. Sin duda, había también deseos de reducir el alto nivel de circulante de la Sala, y también trasladar competencias que generaban entramamiento por su alta incidencia. De otra parte también había que agilizar el trámite de muchas causas. La duración de los procesos penales estaba agregando varios años al tiempo *normal*, producto de la espera en casación, y a esto había que darle una pronta respuesta.

En términos generales, el estado de la casación realmente debía ser medido no en los costos directos de la justicia para dividir e intensificar esta sede de dos cabezas, sino en los costos de justicia para los intervinientes, así como en la mejora de los plazos de duración del proceso.

No es razonable que no se pueda tomar en cuenta, por ejemplo, el tiempo de espera de un fallo definitivo cuando este plazo cobija la prisión preventiva del justiciable, o, por ejemplo, la calidad de los fallos en cuanto a su vinculación constitucional y legal. Pero tal parece que otros son los parámetros para medir la calidad de la justicia de casación.

Un proceso acusatorio basado en la oralidad como contraposición a la escritura y en el que hay un abandono de la prueba tasada o valorada a partir de la íntima convicción del juez debía tener, en contraposición, una apelación y una casación que permitan atacar actos jurisdiccionales que puedan provocar aplicaciones injustas del derecho, que coarten el derecho de defensa o que se opongan a los principios democráticos que inspiran el proceso penal. Para ello vienen en auxilio del juez las modernas tecnologías de la grabación de las audiencias, que permiten rescatar todo lo acontecido y ofrecen hoy un

mayor involucramiento del tribunal de casación en el examen de aquello que fue visto y entendido por el tribunal de mérito.

Aun con sus falencias, la tecnología disponible en el Poder Judicial de Costa Rica ha facilitado que la justicia de casación utilice este medio para imponerse de aquello que con intermediación fue analizado por el juez de juicio y contraponer los criterios del impugnante con lo que de hecho ocurrió en el debate. La sola existencia de esto ha definido la calidad de la justicia de casación, pero ha incidido también en la apelación: las audiencias se realizan con oralidad y quedan conservadas en registros audiovisuales (DVD) que abren la puerta a su crítica posterior. Esto ha provocado cambios en la casación misma, ya que se pueden discutir ampliamente no solo las razones de la sentencia y el protocolo del expediente, sino también las incidencias del juicio.⁴⁷

Independientemente de los cuestionamientos que pueden hacerse a una sentencia puramente oral en el proceso penal costarricense, debido a la carencia de un fundamento legal para ella y por la forma de su dictado, así como también por sus consecuencias para el imputado que carece de medios para estudiarla en prisión, podemos decir que el reino de la oralidad está entre nosotros y ha traído cambios impresionantes para la casación que habrá que estudiar más profundamente.

6. La sentencia *Mauricio Herrera* y la casación costarricense

En el debate costarricense ha ocupado un papel preponderante la opinión de que la Corte IDH había ordenado a Costa Rica modificar su legislación para introducir un *recurso de apelación*, ya que solo de esa manera podía garantizarse un amplio y profundo análisis de los hechos y de la prueba en el proceso penal.⁴⁸ Según esta opinión, que no es tampoco la de la mayoría de los jueces de casación de San José, el recurso de casación no cumpliría esta función por más que fuera amplio y se hubiera desformalizado.

⁴⁷ Aun cuando hay que reconocer que la revisión de una sentencia oral conservada en DVD ha ampliado el tiempo de estudio de esa pieza y ese tiempo también debe repartirse en el tiempo de estudio del recurrente y del fiscal, lo que puede también implicar mayor tiempo para la elaboración del recurso. Una temática que ofrece infinidad de bemoles para su debate.

⁴⁸ Crítico de esta opinión, Javier Llobet Rodríguez: "El recurso de apelación y la Corte Interamericana", en *La Nación*, 30 de marzo de 2010, disponible en <<http://www.nacion.com/2010-03-31/Opinion/PaginaQuince/Opinion2320484.aspx>>.

En el fondo de esta discusión late, por supuesto, una muy curiosa visión de los fines y funciones de la apelación. Como bien lo explica el profesor Llobet, la apelación tiene una función *renovadora*, ya que se puede volver a plantear la cuestión probatoria y el tribunal de apelación podría llegar a una decisión distinta a la del tribunal de origen.

La apelación sin duda implica sustituir al primer juez y su valoración sobre la prueba, ya que se puede recibir nueva prueba, la que a su vez será objeto de análisis del tribunal. En otras palabras, en sede de apelación se produce un nuevo juicio.⁴⁹

Desde este punto de vista es que se puede plantear un debate jurídico sobre los efectos pragmáticos de esta apelación en la forma de un nuevo juicio, no si se trata realmente de un medio de salvaguardar formas jurídicas lesionadas o el mismo derecho de defensa o el debido proceso. La cuestión más bien debería de plantearse en dos sentidos: 1) si esta apelación realmente resuelve las inconsistencias de la casación, y 2) si ella producirá la deseada discusión jurisdiccional, en segunda instancia, de los hechos y la prueba. Estos dos aspectos apuntan a la verdadera problemática que se trata aquí: si una segunda instancia, que implica en términos generales un nuevo juicio, va a optimizar la averiguación de la verdad material. No debe de olvidarse que volver a plantear el problema jurídico en un nuevo juicio de la causa podría verse afectado por la duración de las instancias, la fragilidad de la memoria humana o por la necesaria contaminación del acervo probatorio.⁵⁰

La apelación se enfrentará a un imputado en prisión, muy probablemente, y también a las dificultades propias de un proceso que ya ha sido decidido, bien o mal, en una primera instancia. El acusado espera una nueva decisión de la apelación y, eventualmente, deberá prepararse para acudir a la casación a fin de que se vuelva a decidir su punto jurídico. Las chances de un reenvío se abren de nuevo ante él y la historia podría comenzar de nuevo (como la angustiada epopeya de Sísifo, antiguo rey de Éfira, que por negarse a volver al Hades fue condenado a subir una pesada piedra por una cuesta empinada, que cada vez que alcanzaba la cima rodaba hacia abajo para obligarlo a volver a subirla a la cima desde el principio).

⁴⁹ Como bien lo señala Walter Antillón en su artículo "La Caja de Pandora", aún inédito, esta legislación intenta trocar los nombres como si las causales y las competencias de apelación pudieran ser otorgadas a los antiguos tribunales de casación, en una especie de intercambio de etiquetas, cuando las diferencias entre la casación y la apelación subsisten en la legislación y en la misma praxis jurídica.

⁵⁰ Problemas también presentes en la discusión sobre la apelación en Alemania, cf. Kleszczewski: *Strafprozessrecht*, o. cit., nm. 571.

Hay que recordar que el proceso penal está retando a un sujeto sobre el que ha recaído sentencia e intenta una revisión completa de su caso por medio de la apelación. En esta instancia se revisarán los hechos y la prueba, y se discutirá nuevamente la corrección del fallo, pero el acusado ya tiene probablemente una sentencia en contra, y no le será fácil controvertir la prueba de la acusación sometida a los privilegios de instrumentos de investigación procesal en los que ha podido intervenir muy poco, y mucho menos controvertirlos con éxito en los casos de criminalidad organizada o de flagrancia.

El acusado desafía entonces a una primera sentencia que puede tener su peso específico, que podría ser confirmada por el tribunal de apelación, lo que le deja únicamente la posibilidad de que la casación le sea favorable.

El artículo 467 reformado postula claramente que la casación penal procederá contra las sentencias de apelación. El criterio de admisibilidad de esta casación está señalado por el artículo 468, que indica que el recurrente podrá alegar la existencia de precedentes contradictorios planteados en el tema de interés por los diversos tribunales de apelación, o de los criterios de estos últimos con respecto a los precedentes de la Sala de Casación, o cuando una sentencia inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal.

Estos dos artículos dan el sentido general que la casación costarricense parece estar construyendo con la reforma: una casación que es un filtro de calidad (¿comparativo?) con los tribunales de apelación, y que le da la última palabra a la Sala de Casación sobre las tendencias de la jurisprudencia, lo que hace renacer, como el Ave Fénix, la nomoflaquia como sentido final y único de la casación.

El artículo 468 oculta en la última parte una última arma: para determinar si un precepto legal ha sido inobservado o erróneamente aplicado y constituye un defecto de procedimiento, el recurrente deberá enfocarse contra los actos sancionados con inadmisibilidad, caducidad, ineficacia o nulidad, siempre que haya reclamado ese vicio oportunamente y pedido la subsanación del defecto o haya hecho manifestación de recurrir en casación. Quedan a salvo los defectos absolutos ya regulados en el artículo 178 del Código Procesal Penal.

Este oscuro artículo señala ya el camino de un eventual cierre de la entrada de casación vía admisibilidad, que probablemente devuelva al país a una situación donde podría ser atacado de nuevo ante la jurisdicción internacional de derechos humanos por volver a tener una casación cerrada y ¡formalista!

Habrá que esperar cuántos asuntos realmente llegarán a contar con éxito en casación y observar si el filtro de admisibilidad tornará el arte del casacionista en una

filigrana de argumentos procesales para poder demostrar que un precepto ha sido inaplicado, inobservado o aplicado erróneamente.

Junto con ello habrá un juicio de reenvío que puede ser ordenado por la Sala de Casación al propio tribunal de apelación para que sea este el que dicte una nueva sentencia o al tribunal de juicio (primera instancia).

Se hace la salvedad en el artículo 475 de que el tribunal del reenvío estará integrado por nuevos jueces. Lo mismo se dice del recurso de casación que se interponga contra la sentencia del juicio de reenvío del tribunal de apelación, que deberá ser conocido por la Sala de Casación, esta vez integrada por magistrados distintos a los que se pronunciaron en la primera ocasión. Se trata de una regla difícil de cumplir. Es imaginable una sucesión de idas y venidas del asunto que originalmente fue conocido en apelación y casado, que podría encontrar que ya no hay un tribunal fresco o una sala renovada que pueda conocerlo, tal y como sucede hoy con las diligencias de revisión por violaciones al debido proceso y al derecho de defensa (artículo 498.g del Código Procesal Penal).

7 • ¿Qué nos hace esperar este cambio en la legislación procesal?

Esta reforma, aún fresca, apenas nos permite atisbar algunos de sus efectos: prolongación del proceso, extensión práctica de la prisión preventiva, aumento de los costos de la litigación en materia penal, y un enfrentamiento decisivo en los papeles asumidos tradicionalmente por la Sala de Casación y los Tribunales de Casación, con la ventaja estratégica y legal que esta legislación concede a la Sala de la Corte Suprema de Justicia.

La reforma es, en sí misma, variopinta; comienza con una regulación de la oralidad, indicando que toda persona tendrá derecho a una decisión judicial definitiva en un plazo razonable, y agrega: “Para el logro de este objetivo, se preferirá la tramitación oral mediante audiencias en el proceso”.

La anterior regulación de la reforma del artículo 4 del CPP está prevista para entronizar el proceso oral por audiencias, y quizá es una tímida forma de darle el contexto legal que aún no tiene la emisión de sentencias orales en el proceso penal. Este último será uno de los aspectos que más retrasarán no solo la fase recursiva ante la sentencia

de primera instancia, sino también en sede de apelación, cuando algún Tribunal de Casación asuma tal tipo de sentencia para dar por cerrada la fase de apelación y corresponda conocer del asunto en casación. Hay en la actualidad un pesado fardo de análisis y discusión de la sentencia oral que ha entrabado de manera innecesaria la fase de casación y es probable esperar que esto aumentará de manera exponencial conforme todas las audiencias y actos del proceso queden consignados en DVD. Puede ser posible imaginar la gran cantidad de tiempo y dinero que tendrán que costear los recurrentes para hacer una revisión integral de la causa en orden a plantear la apelación y luego la casación. Iguales efectos de tiempo y dinero tendrán que preverse para la revisión y casación de la sentencia.

El artículo 33, de la interrupción de la prescripción, fue igualmente reformado para hacer que el dictado de la sentencia de apelación interrumpa el plazo de la prescripción. Es esperable que el prolongado trámite de apelación y luego de casación produzca que muchas causas prescriban en estas sedes; de ahí que la previsión del 33 no sea del todo acorde con las circunstancias.

El problema de prolongación de la prisión preventiva se avizora con el artículo 258, ya que se prevé que el tribunal de apelación podrá prorrogar la prisión preventiva por seis meses más cuando disponga el reenvío; pero también la Sala Penal podría ampliar la prisión preventiva por seis meses más de los términos de ley ya autorizados. Lo que previsiblemente sucederá es que la prisión preventiva se mantendrá también para los sucesivos reenvíos que pudieran generarse luego de que la sentencia (del reenvío) vuelva a ser recurrida. En esencia, todas las sentencias de apelación serán recurridas, haya razón o no para ello, lo que generará un flujo de casos incontenible en la Sala de Casación, la que tendrá que imponer un filtro férreo de admisibilidad si no quiere terminar sometida por el peso de esa carga de asuntos, lo que propondrá, de nuevo, la circunstancia de una casación técnica y muy formalista.

Habrà de hacerse un análisis estadístico de la aplicación de la ley de apelación para observar si estas disfunciones aparecen y en qué medida, pero ya es esperable un efecto en los costos del litigio penal y en los eventuales preparativos del traslado de los asuntos en manos de la Sala de Casación a los tribunales de apelación regionales.

Siempre permanecerá abierta la pregunta de si esta solución es la mejor frente a los problemas de la casación que fueron dictaminados por la Corte IDH y si la apelación ofrece alguna garantía adicional al justiciable que permita aquilatar esta reforma como necesaria, idónea y oportuna.

8. El doble conforme y el recurso del fiscal contra la sentencia absolutoria

Plantea particulares complicaciones la definición del principio del doble conforme. Por una parte, se lo usa como sinónimo para el principio de doble instancia⁵¹ y, por otra, para el derecho del justiciable que luego de dos sentencias absolutorias debe declararse inadmisibile el recurso del Ministerio Público.

Se trata entonces de una encrucijada entre el principio de doble instancia y el derecho del justiciable a no tener un Ministerio Público que usa la causa como una especie de oportunidad para condenarlo en dos juicios seguidos.

Requisito indispensable para aplicar el doble conforme es que las dos sentencias que sirven de base a la decisión, tanto la sentencia base como la conforme, hayan superado el test de razonabilidad.⁵²

El tribunal que ha de revisar la sentencia origen y la conforme debe ser uno con capacidad suficiente para tratar todas las cuestiones y definir si los fallos superan el estándar de razonabilidad que han de cumplir las sentencias condenatorias. De tal manera que en estas circunstancias no existiría un derecho garantizado al acusador para que se revisaran *ad infinitum* las absolutorias dictadas en contra de una persona. El Estado tendrá una única oportunidad de llevar a juicio penal al ciudadano y lograr su condena, y hasta allí llega el deber de tolerar el enjuiciamiento.⁵³

La doctrina ha propuesto también la posibilidad de interpretar la doble conformidad en conjunción con el modelo de casación clásico. Existiría, entonces, una cámara de apelaciones que intervendría en la instancia ordinaria de la revisión de las condenas o las absoluciones, y la casación quedaría para revisar las cuestiones de aplicación del derecho. Así, el tribunal de apelación vería de la absolución o condena del justiciable y a la casación le correspondería la discusión sobre la argumentación jurídica del fallo.⁵⁴

⁵¹ Cf. Daniel Fedel: *El recurso de casación. Doble conforme y garantías constitucionales*, Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2009, p. 27.

⁵² *Ibidem*, p. 30.

⁵³ *Ibidem*, p. 182.

⁵⁴ Cf. Ezequiel Iribarren: "¿Es necesario ampliar la casación para asegurar el doble conforme?", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 3, n.º 3, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 305.

La práctica ha permitido observar que el recurso del fiscal en contra de la sentencia absolutoria persigue una nueva oportunidad de juicio en que una integración diversa le permita alcanzar la condenatoria que no alcanzó en primera instancia.

La derogatoria del doble conforme en la reforma del sistema de impugnación en Costa Rica no lleva sino a la persecución a ultranza del justiciable, y a abrir un camino irrefrenable hacia la condena como objetivo final del proceso penal.

En opinión de Maier, tanto la CADH como el PIDCP modificaron directamente la historia de los medios de impugnación, ya no como una carta blanca para obtener una condena, sino para garantizarle al justiciable una revisión integral de la sentencia que lo condena.⁵⁵

La orientación es fácilmente discernible hacia un recurso a favor del condenado y no a favor del acusador, lo que disminuye la función de control prevista en favor del Ministerio Fiscal. En otras palabras, se trataría de un derecho exclusivo del condenado a requerir la doble conformidad con la condena, de tal manera que solo esta sea recurrible, y solo por él. La absolutoria quedaría firme por su solo pronunciamiento, impidiendo cualquier persecución ulterior.⁵⁶

9. Ámbito de la apelación en el modelo costarricense

Según la reforma proveniente de la ley 8837, que a su vez reforma los numerales 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465 y 466 del Código Procesal Penal, se incluye una nueva redacción del artículo 459 del CPP, el cual define el ámbito del recurso de apelación. Según la norma, este recurso

[...] permitirá el examen integral del fallo, cuando la parte interesada alegue inconformidad con la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba, la fundamentación jurídica o la fijación de la pena. El tribunal de alzada se pronunciará sobre

⁵⁵ Cf. Julio Maier: "El recurso contra la sentencia de condena: ¿una garantía procesal?", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Edición homenaje a Ricardo C. Núñez*, nueva serie, 1995, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, citado por Fernando Díaz Cantón: *La motivación de la sentencia penal y otros estudios*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005, p. 160.

⁵⁶ Julio Maier: *El recurso...*, o. cit., p. 147.

los puntos que le sean expresamente cuestionados, pero declarará, aun de oficio, los defectos absolutos y quebrantos al debido proceso que encuentren en la sentencia.

Así las cosas, la revisión que se produce en esta instancia tiene que ver con la argumentación del fallo y también con cualesquiera otros vicios o yerros que hayan sido planteados por el recurrente y que puedan ser atendidos por el tribunal de apelación.

Las causales que introduce el artículo 495 son explícitas sobre esta función de análisis, en primer lugar por defectos absolutos o quebrantos al debido proceso. Esta causal, ya de por sí amplísima, le da una competencia suficientemente abierta al tribunal de apelación para analizar íntegramente al fallo. Por ello, la determinación de los hechos, la incorporación y valoración de la prueba y la fundamentación jurídica del fallo, que se agrega que también podrán discutirse, parecen ser causales poco descriptivas, ya que las afectaciones al debido proceso abarcan estas posibilidades y otras más que han sido ya desglosadas por la jurisprudencia constitucional costarricense.⁵⁷

Con todo, la revisión del fallo abarca los hechos y la prueba, y podría abarcar también la fundamentación y determinación judicial de la pena.

La normativa establece pocos requisitos o formalidades para la presentación de la apelación. El artículo 460 dispone únicamente que el recurso se planteará por escrito o por medio de sistemas de registro autorizados, como el fax o —podría pensarse— el correo electrónico con certificado digital. En cuanto a la fundamentación de los agravios, se indica que deben consignarse las razones de inconformidad, el agravio concreto que se produce y la pretensión.

El escrito podrá ofrecer prueba en apelación. El artículo 464 prevé al respecto lo siguiente:

La parte recurrente podrá ofrecer, en el escrito de interposición del recurso, pruebas nuevas sobre los hechos objeto del proceso o sobre la forma en que fue realizado un acto, cuando se contradiga lo señalado en las actuaciones, en el acta, en los registros del debate o la propia sentencia. El tribunal aceptará como nueva solo la prueba ofrecida en su oportunidad pero que sea arbitrariamente rechazada, la que aparezca como novedosa con posterioridad a la sentencia y aquella que, aunque existiendo previamente, no estuvo en posibilidad efectiva de ser ofrecida por el interesado en su momento.

⁵⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, sentencia n.º 1739-92, de las 11:45 h del 1.º de julio de 1992. Un comentario de esta sentencia y sus implicaciones puede verse en Alfredo Chirino Sánchez: "La sentencia del debido proceso y su importancia para el principio de estricta legalidad penal", en *20 años de justicia constitucional: 1989-2009. Historia, memorias y derechos fundamentales*, San José (Costa Rica): UNED, 2009, pp. 877-882.

Con todo, el propio Tribunal de Apelaciones podrá solicitar prueba de oficio si así lo estima pertinente. El artículo 464 establece la posibilidad de recibir pruebas testimoniales en esta sede si a partir de la revisión de los registros de la audiencia se producen dudas sobre lo que los testigos o peritos han depuesto. Si así ocurre, se reciben dichos testimonios con las mismas reglas del debate. Se trata, entonces, de la realización de principios tales como los de oralidad, inmediación, contradictorio.

Las regulaciones podrían hacer estimar que el sistema acogido por el legislador costarricense lo fue de una apelación limitada, ya que la sentencia de origen es de referencia. Sin embargo, las facultades a las partes para ofrecer prueba en esta sede y la amplitud de la revisión del fallo de primera instancia podrían provocar que de hecho la revisión del fallo sea mucho más amplia e intensa que en una apelación limitada. La praxis forense actual permite imaginar que habrá un uso compensatorio de esta sede, si ocurre, como todo parece indicarlo, que la casación se convierta en una instancia bastante cerrada y formalista.⁵⁸

La apelación podría provocar, entonces, el reenvío de la causa para nueva sustanciación ante el mismo tribunal que dictó la sentencia de primera instancia; no obstante, tendrá que tener una nueva integración para celebrar el nuevo juicio.

La apelación “limitada” que parece haber configurado el legislador procesal costarricense será sometida a la práctica recién en diciembre de 2011. Ocurrirá cuando los tribunales de casación de todo el país se reconviertan en tribunales de apelación y haya que adecuar las prácticas a la nueva dinámica procesal y al flujo de casos que duplicará la carga de expedientes que actualmente atienden los tribunales de casación. Por ello, solo se puede hacer una prognosis sobre un futuro del que nada sabemos. Es allí donde los temores más intensos pueden convertirse en una realidad evidente.

⁵⁸ Los recurrentes podrán acudir a la sede de casación cuando consideren que se han producido precedentes contradictorios entre diversos tribunales de apelaciones, o de estos con precedentes de la Sala de Casación Penal. También se reserva acceso a esta sede cuando la sentencia del tribunal de apelaciones inobserve o aplique erróneamente un precepto legal sustantivo o procesal. La puerta de la admisibilidad podría ser muy selectiva en estos dos supuestos, y por esa vía alcanzar un cierre hermético de la casación costarricense. Habría que esperar si ante tal hipótesis Costa Rica puede ser demandada ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ya que la casación volvería a convertirse en la instancia formalista que el fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica* quería evitar.

10 • Conclusiones preliminares

Una revisión crítica del basamento constitucional y de correspondencia con la ideología de los derechos humanos en el derecho del justiciable a recurrir la sentencia permite afirmar que los tiempos para una ampliación del derecho de impugnación han llegado.

Al mismo tiempo es posible detectar circunstancias que podrían llevar al traste con un efectivo derecho a la impugnación de la sentencia, como lo sería, por ejemplo, no tomar en cuenta la posible prolongación del proceso y el remanente de prisión preventiva que esta extensión excesiva podría provocar.

La sentencia *Mauricio Herrera contra Costa Rica* ha provocado que el tema de la casación tenga un papel muy importante en el horizonte de proyección de la reforma procesal penal de esta primera década del siglo XXI, pero, sin duda, sus ingredientes y contradicciones ya estaban claros hacia finales del siglo XX.

Más allá de la cuestión de si este fallo de 2004 de la Corte IDH ha impulsado una casación convertida en “apelación” o una doble instancia que llena la premonición de Binding, es muy probable que observemos cambios dolorosos que ya no establecen ninguna ponderación ni equilibrio entre un adecuado, eficiente e idóneo derecho a recurrir la sentencia conforme a los instrumentos internacionales en derechos humanos y la duración del proceso. Y esta falta de consideración de la duración del proceso llevará, irremediablemente a procesos judiciales sin fin, que mantienen acusados de banquillo que son el efecto colateral e indeseable de un mal diseño de la política de reforma.

Un ingrediente que afecta al “nuevo” estilo del proceso penal para los Estados, que se puede caracterizar perfectamente a partir de la amplitud y profundidad de los ataques que permite a la esfera de derechos del ciudadano y, en consecuencia, por sus efectos sobre la libertad del ser humano, pero también por su enorme contenido simbólico, también podría extenderse a la justicia internacional. Estas características no pertenecen únicamente al llamado *nuevo proceso penal*, sino también a cierto tipo de política populista que se ha convertido, en un proceso acelerado, en la política de seguridad dominante en varios países occidentales.

Es bastante claro que la lógica de lucha frontal contra la criminalidad, tal y como está postulada en estos momentos, implicará, tarde o temprano, más peligros para la esfera de libertades de los ciudadanos; por ello estos peligros se pretenderán minimizar

al utilizar la estrategia de los *finés simbólicos* del derecho penal, a fin de tranquilizar a la colectividad en el sentido de que sus problemas de seguridad están siendo atendidos por los prácticos y por los legisladores. El balance, al final de todo el proceso, es el deterioro de las garantías procesales y un vaciamiento de los contenidos de tutela de muchos derechos y libertades constitucionales.

En tiempos de necesidad y crisis parece claro que el camino hacia un *Estado de seguridad* está justificado políticamente, con lo que se hacen esperables, por supuesto, más reducciones al esquema de garantías receptado en el proceso penal. La política legislativa actual se caracteriza por un uso indiscriminado del derecho penal. Se echa mano a las soluciones del *sentido común* y no se escuchan las voces de ningún experto que advierta sobre los riesgos de esta huida hacia el derecho penal del enemigo y al derecho de reacción inexorable.

La reacción frente a este triste y angustiante estado de la política criminal solamente puede ser encontrada en los principios de garantía del Estado de derecho y en una perspectiva de acercamiento a los problemas de seguridad de la sociedad que ponga su atención en los derechos ciudadanos que están siendo deteriorados o vaciados de contenido, en busca de una solución que definitivamente no puede brotar del derecho penal.

La casación, pero también la apelación y la revisión de la sentencia, se encuentran en un momento muy difícil ante estos retos de la política criminal. Por una parte debe contarse con un proceso penal que llegue a la fijación de una verdad procesal lo más pronto posible, pero también debe proveer los medios para una discusión lo más amplia posible de la causa, y con medios posibles para alcanzar una aplicación justa y humana del derecho.

Sin duda, la “nueva” casación, que se vislumbra vigorosa luego del fallo *Mauricio Herrera contra Costa Rica*, podría lograr un control efectivo de estos instrumentos de investigación y generar eficiencia y eficacia en el combate de estos eventuales vicios. La reforma que pretende convertir la casación en apelación, sin embargo, pone un problemático signo de interrogación en los eventuales éxitos que podrían esperarse de medios de impugnación que repiten lo que no debería repetirse a favor de la seguridad jurídica y de la justicia pronta y cumplida.

Resulta necesaria una observación más cercana a las interpretaciones que ha hecho y hará la jurisprudencia de derechos humanos sobre estos temas, con el fin de apuntalar un criterio más firme sobre el futuro posible del derecho a recurrir la sentencia condenatoria en el derecho penal internacional.

LOS ELEMENTOS CONTEXTUALES DE LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Javier Dondé Matute

RESUMEN. En el presente artículo se analizan las sentencias en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos examina los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad: el ataque generalizado o el ataque sistemático, la población civil y la conducta subyacente, con el propósito de señalar la existencia de un crimen de lesa humanidad. Se analizan la interpretación y la aplicación que ha hecho la Corte de estos elementos, las consecuencias jurídicas de determinar la existencia de un crimen de lesa humanidad y finalmente el abandono del concepto en sentencias subsecuentes. Asimismo, se formula una crítica a la Corte Interamericana respecto de su competencia, la imprecisión e intrascendencia de dichos pronunciamientos. Si bien no se ha repetido un pronunciamiento similar al realizado en los casos que se analizan, la Corte podría continuar haciendo estas declaraciones para contextualizar las violaciones de derechos humanos.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derecho internacional de los derechos humanos, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Artikel geht auf die Urteile ein, in denen der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte die kontextbezogenen Elemente von Verbrechen gegen die Menschlichkeit untersucht – genereller oder systematischer Angriff, die Zivilbevölkerung und das zugrundeliegende Verhalten –, um das Vorliegen eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit belegen zu können. Dabei wird auf die Auslegung und Anwendung dieser Elemente durch den Gerichtshof ebenso eingegangen wie auf die rechtlichen Folgen der Feststellung, dass ein Verbrechen gegen die Menschlichkeit vorliegt, und, abschließend, auf die Abkehr von diesem Konzept in nachfolgenden Urteilen. Gleichzeitig wird der Interamerikanische Gerichtshof hinsichtlich seiner Zuständigkeit sowie der fehlenden Präzision seiner Entscheidungen und ihrer Bedeutungslosigkeit kritisiert. Wenn es auch

über die untersuchten Fälle hinaus nicht zu ähnlichen Stellungnahmen gekommen ist, könnte der Gerichtshof doch auch weiterhin solche Erklärungen abgeben, um die Menschenrechtsverletzungen zu kontextualisieren.

Schlagwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article analyses the judgments in which the Inter-American Court of Human Rights examines the contextual elements of crimes against humanity: widespread or systematic attacks, civilian population and underlying conduct, in order to indicate the existence of a crime against humanity. The Court's interpretation and application of these elements is studied, together with the legal consequences of determining the existence of a crime against humanity and finally the way subsequent judgments abandoned the concept. The Inter-American Court is criticized with respect to its jurisdiction as well as the lack of precision and insubstantiality of these decisions. Although later cases have not repeated the holdings of the ones analysed, this type of declarations by the Court is beneficial in that they set human rights violations in context.

Keywords: crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, international human rights law, case law.

1 • Introducción

En fechas recientes la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en torno a diversas violaciones a derechos humanos que constituyen igualmente crímenes internacionales, como ejecuciones extrajudiciales, tortura y desaparición forzada de personas, principalmente. Sin embargo, lejos de pronunciarse sobre la concreta violación de derechos humanos, como corresponde conforme a su competencia, la Corte IDH ha hecho pronunciamientos en torno a la calidad de crimen de lesa humanidad (CLH) que tienen tales conductas. En otras palabras, ha señalado que estas se comenten como parte de un “ataque generalizado o sistemático en contra de la población civil”, elementos contextuales necesarios para que se pueda señalar en el ámbito del derecho penal internacional (DPI) que dicha conducta se ha actualizado.

En el presente estudio se analizará la jurisprudencia de la Corte IDH en torno a los elementos contextuales del CLH para determinar el alcance que este tribunal regional le ha dado a cada uno de ellos. Una vez establecido el alcance jurisprudencial de estos elementos típicos, se verán las consecuencias jurídicas que la Corte IDH deriva de hechos que considera constituyen CLH y se harán algunos cuestionamientos críticos en torno a ella. Consecuentemente, no se abordará el desarrollo de los CLH en el ámbito del DPI, pues ello escapa al alcance de este estudio.¹

Como una aclaración importante, debe señalarse que el presente estudio no abordará las conductas en particular que constituyen CLH, como son las ejecuciones extrajudiciales, la tortura y la desaparición forzada de personas. Aunque inevitablemente se hará referencia a ellas, el tema central son los elementos contextuales.

2. Conceptualización y consecuencias

La Corte IDH empezó a pronunciarse sobre la comisión de CLH en el 2006. En tres casos resueltos entre el 26 de septiembre y el 25 de noviembre de ese año formalizó su postura en torno a la comisión de CLH por órganos estatales.² De estos casos se desprende la postura de la Corte IDH en esta materia y se fijan algunas posturas en torno al contenido del concepto y los elementos contextuales.

¹ Sobre los CLH en el ámbito concreto del derecho penal internacional véase Kai Ambos y Steffen Wirth: "El derecho actual sobre crímenes contra la humanidad", en Kai Ambos: *Los crímenes más graves en el ámbito internacional*, INACIPE, 2005; Guénaél Mettraux: *International Crimes and Ad Hoc Tribunals*, parte III, Oxford: Oxford University Press, 2005, para una perspectiva desde la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia y Ruanda.

² Véase el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153 (Antônio Cançado Trindade). En este voto particular ya se había vinculado el derecho internacional de los derechos humanos al DPI. Sin embargo, el vínculo entre las violaciones a derechos humanos y los CLH no fue adoptado inmediatamente.

3. Primer pronunciamiento: *Almonacid Arellano*³

El caso *Almonacid Arellano* fue el primero en el que la Corte IDH se pronunció sobre la existencia de un CLH, por la comisión de una ejecución extrajudicial en el contexto de la represión a los disidentes políticos en Chile durante la dictadura de Augusto Pinochet. Es importante recalcar el razonamiento de la Corte IDH en este primer caso para comparar su razonamiento con casos posteriores.

El razonamiento de la Corte IDH para identificar la comisión de CLH comenzó con una descripción de los hechos consistente en *la represión generalizada dirigida a las personas que eran consideradas opositoras por el régimen como política de Estado*, la cual incluyó:

[...] una práctica masiva y sistemática de fusilamientos y ejecuciones sumarias, torturas (incluida la violación sexual, principalmente de mujeres), privaciones arbitrarias de la libertad en recintos al margen del escrutinio de la ley, desapariciones forzadas y demás violaciones a los derechos humanos.⁴

La Corte IDH continuó la relación de hechos manejando cifras que apuntaban a la comisión masiva de violaciones de derechos humanos durante la represión.⁵ Asimismo, señaló quiénes eran, comúnmente, las víctimas de la represión:

[...] funcionarios destacados del régimen depuesto y connotadas figuras de izquierda, así como sus militantes comunes y corrientes; jefes y dirigentes políticos, sindicales, vecinales, estudiantiles (de enseñanza superior y media) e indígenas; representantes de organizaciones de base con participación en movimientos de reivindicaciones sociales [...].⁶

A continuación, la Corte IDH narró la práctica de las ejecuciones extrajudiciales, por ser, en concreto, la materia de la presente violación a derechos humanos.⁷

³ Véase el caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, cit, § 61-62. Aunque en este caso se hace una detallada descripción de las actividades de la Operación Cóndor, que se describe como un operativo masivo y sistemático en coordinación entre los gobiernos *de facto* en Sudamérica para combatir a los disidentes políticos, la Corte IDH no se pronunció sobre la comisión de CLH.

⁴ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 82.4.

⁵ *Ibidem*, § 82.5.

⁶ *Ibidem*, § 82.6.

⁷ *Ibidem*, § 82.7.

Una vez dado por comprobado lo anterior, la Corte IDH procedió a señalar que los CLH, y en particular el asesinato, son una conducta prohibida por el derecho internacional desde la creación del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, lo cual fue confirmado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 en virtud de los denominados Principios de Núremberg.⁸ Además, esto fue reconocido en los estatutos de los tribunales penales internacionales para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR) y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI).⁹ Con esto, la Corte IDH llegó a la siguiente conclusión:

[...] 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 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.¹⁰

Es importante señalar dos afirmaciones que hizo la Corte IDH: primero, que los elementos contextuales constitutivos de los CLH eran los mismos en Núremberg que en 1973, año en que se ejecutó a Almonacid Arellano; segundo, que es posible que se cometa este crimen internacional con una sola conducta. Estas dos cuestiones se comentarán más adelante, pero por su importancia vale la pena transcribir el párrafo conducente, en el que se señala cuáles son los elementos contextuales de un CLH de conformidad con la Corte IDH:

La Corte, además, reconoce que el Estatuto de Nuremberg jugó un papel significativo en el establecimiento de los elementos que caracterizan a un crimen como de lesa humanidad. Este Estatuto proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra. En base a ello, la Corte reconoce que los crímenes contra la humanidad incluyen la comisión de actos inhumanos, como el asesinato, cometidos en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil. Basta que un solo acto ilícito como los antes mencionados sea cometido dentro del contexto descrito, para que se produzca un crimen de lesa humanidad. En este sentido se pronunció el Tribunal

⁸ *Ibidem*, § 97-98.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*, § 99.

Internacional para la ex Yugoslavia en el caso *Prosecutor contra Dusko Tadic*, al considerar que “un solo acto cometido por un perpetrador en el contexto de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil trae consigo responsabilidad penal individual, y el perpetrador no necesita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsable”. Todos estos elementos ya estaban definidos jurídicamente cuando el señor Almonacid Arellano fue ejecutado.¹¹

4 ● Aplicación de estos principios: los casos peruanos

Al poco tiempo de resuelto el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH hizo un pronunciamiento en cuanto a la comisión de CLH en el caso *Penal Castro y Castro*. En este asunto, el contexto que la Corte IDH identificó fue el conflicto armado en Perú durante los años ochenta y hasta el 2000, entre fuerzas gubernamentales y diversos grupos armados, como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru. En este conflicto armado se llevaron a cabo diversas violaciones a derechos humanos, entre las que destaca la comisión de actos de tortura, desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales. Estas conductas, de conformidad con la Comisión de la Verdad y Reconciliación, fueron cometidas mayoritariamente, aunque no de forma exclusiva, por el Estado.¹²

En el caso concreto la Corte IDH identificó un plan del gobierno para ejecutar a los internos de los pabellones 1A y 4B del Penal Castro y Castro, en donde se había recluido a personas acusadas o sentenciadas por delitos de traición a la patria y terrorismo, conductas imputadas a los miembros de los mencionados grupos armados.¹³ Durante el operativo analizado en este caso, la Corte IDH determinó que las fuerzas de seguridad, militares y policiales, encubrieron la ejecución y tortura de los internos de este penal bajo el pretexto de un traslado de las mujeres privadas de libertad a otro penal de máxima seguridad.¹⁴

La Corte IDH repitió el *dictum* de *Almonacid Arellano* y consideró que el conflicto armado y la planificación del supuesto operativo eran suficiente evidencia para

¹¹ *Ibidem*, § 96 (citas omitidas).

¹² *Caso del Penal Miguel Castro Castro contra Perú*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, serie C, n.º 160, § 197.1 y 197.5.

¹³ *Ibidem*, § 197.13.

¹⁴ *Ibidem*. § 197.16.

determinar que los elementos contextuales del CLH se habían actualizado.¹⁵ Sin embargo, no se especificó si se trataba de un ataque generalizado, sistemático o ambos.

En todo caso, la Corte IDH enfatizó que en distintos momentos el ministro del Interior, el director de la Policía Nacional¹⁶ y el presidente de la República¹⁷ asistieron al penal durante la comisión de los hechos. Este último, inclusive, sostuvo una reunión con el Consejo de Ministros y otras autoridades policiales y militares para evaluar la situación y, entre otras acciones, “el corte de luz, agua y alimentos para los internos, así como el incremento de los ataques con armas de fuego y explosivos”.¹⁸

En el caso *La Cantuta*, fallado unos días después, la Corte IDH se pronunció con mayor claridad respecto de los elementos contextuales, en particular lo relativo al ataque sistemático. Los hechos en los que derivó este caso consisten en la toma de las instalaciones de la Universidad de la Cantuta por fuerzas gubernamentales, policiales y militares, y los subsecuentes actos de tortura, desaparición forzada y ejecuciones de los que fueron víctimas alumnos y profesores.

Para dar por comprobado el elemento contextual de ataque sistemático, la Corte IDH hizo en primera instancia un recuento de la situación que se vivía en Perú en la década de los ochenta y principios de los noventa. Se señaló que en la época de los hechos había una ofensiva gubernamental para combatir a grupos considerados como subversivos a través de “[p]rácticas sistemáticas y generalizadas de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas en la época en que ocurrieron los hechos”.¹⁹ La Corte IDH procedió a detallar el *modus operandi* de las fuerzas de seguridad en la comisión de estas conductas,²⁰ de lo cual concluyó:

Los hechos del presente caso revisten una particular gravedad por el contexto histórico en que ocurrieron: un contexto de práctica sistemática de detenciones ilegales y arbitrarias, torturas, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas, perpetrada por las fuerzas de seguridad e inteligencia estatales, cuyas características y dinámica han sido esbozadas en los hechos probados. Es decir, los graves hechos se enmarcan en el carácter sistemático de la represión a que fueron sometidos determinados sectores de la población designados como subversivos o de alguna manera contrarios u opositores al gobierno, con pleno conocimiento

¹⁵ *Ibidem*, § 402-404.

¹⁶ *Ibidem*, § 197.1.

¹⁷ *Ibidem*, § 197.28.

¹⁸ *Ibidem*, § 197.30.

¹⁹ Caso *La Cantuta contra Perú*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 80.

²⁰ *Ibidem*, § 80.3, 80.5 y 80.18.

e incluso órdenes de los más altos mandos de las fuerzas armadas, de los servicios de inteligencia y del poder ejecutivo de ese entonces, mediante las estructuras de seguridad estatales, las operaciones del denominado “Grupo Colina” y el contexto de impunidad que favorecía esas violaciones.²¹

Y agregó:

La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. *Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron los hechos*, como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en forma sistemática y generalizada por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas.²²

Como se puede observar de estos párrafos, la Corte IDH menciona varios elementos para determinar cuándo considera que se está frente a un ataque sistemático. En primer lugar, identifica a las personas agredidas, por considerarlas disidentes políticos. Esta identificación premeditada coincide con otro elemento de los CLH: la población civil. En segundo lugar, identifica a un grupo específicamente formado por el gobierno para realizar estas conductas, como lo fue el Grupo Colina. Y, por último, señala una finalidad específica que consiste en la eliminación de los miembros de organizaciones subversivas. Esta descripción coincide con lo que en DPI se entiende por *ataque sistemático*, cuya clave es la naturaleza organizada de los actos violentos, de acuerdo con un plan o política, de tal manera que sea imposible su ocurrencia accidental.²³

Una vez que la Corte IDH dio por comprobados estos hechos, resultó sencillo calificarlos como CLH,²⁴ pues ya se habían configurado los elementos expuestos en *Almonacid Arellano*.

De estos casos se pueden desprender algunas conclusiones interesantes. El denominador común es que en las respectivas sentencias la Corte IDH señaló que se había cometido un CLH. En *Almonacid Arellano* estableció que este crimen internacional

²¹ *Ibíd.*, § 81.

²² *Ibíd.*, § 82, cursivas añadidas.

²³ *Prosecutor v. Al Bashir*, Case ICC-02/05-01/09-3 (Pre-Trial Chamber), Warrant of Arrest, 4 March 2009, § 81; *Prosecutor v. Katanga and Chui*, Case ICC-01/04-01/07-717 (Pre-Trial Chamber), Confirmation of charges, 30 September 2008, § 397-398.

²⁴ *Caso La Cantuta*, cit., § 115 y 225.

está compuesto de cuatro elementos: el ataque generalizado o el ataque sistemático, la población civil y la conducta subyacente, que puede ser una sola. Es importante, como se verá, que la Corte IDH haya señalado que en 1973 todavía seguía vigente el concepto previsto en Núremberg.

En los casos siguientes no se profundizó el concepto derivado en *Almonacid Arellano*; solamente se aplicó a casos concretos. Al respecto hay dos cuestiones relevantes.

La primera, en lo correspondiente al elemento *población civil*, es que en el caso *Penal Castro y Castro* se menciona que las personas victimizadas eran miembros de Sendero Luminoso, reconocido por la Corte IDH como un grupo armado. De esta forma, parece que se equipara como población civil a los miembros de un grupo armado que deponen las armas, en este caso por ser privados de la libertad. En este mismo sentido, el TPIY ha caracterizado como población civil no solo a los que han depuesto las armas, sino también a aquellos que han quedado fuera de combate, como los detenidos, que sería precisamente el caso de los miembros de Sendero Luminoso.²⁵ En este punto en particular hay coincidencia con los criterios ya desarrollados por el DPI.

La segunda es el elemento de *conocimiento de dicho ataque*. En *Almonacid Arellano* no se reconoció que este fuera un elemento contextual de los CLH; sin embargo, en los casos peruanos hay referencias a ello. Como se señaló, en el caso *Penal Castro y Castro* se subrayó la presencia de altos mandos del gobierno peruano, incluido el presidente, en el lugar de los hechos. Igualmente, en *La Cantuta*, al describir el ataque sistemático, se hizo alusión al conocimiento de las autoridades de lo ocurrido, lo cual estaría claramente vinculado a este elemento subjetivo. Sin embargo, en ningún momento se exigió su comprobación ni se vinculó a la responsabilidad estatal.

5. Consecuencias

La declaración de que estas conductas constituyen CLH no es gratuita. De ella la Corte IDH ha derivado consecuencias concretas. En primer lugar, en el caso *Almonacid Arellano* fue necesario declarar que la ejecución de la víctima fue un CLH para señalar que dicha conducta estaba sujeta a la obligación de investigar, procesar y sancionar

²⁵ *The Prosecutor v. Tihomir Blaskic*, IT-95-14-T, ICTY, Judgement, 3 March 2000, § 209, 214. Sobre la evolución jurisprudencial del concepto véase Ambos y Wirth: o. cit., pp. 130-138.

violaciones a los derechos humanos.²⁶ Consecuentemente, cualquier obstáculo para perseguir los CLH es una violación a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, al negar a las víctimas el derecho de protección judicial y recurso efectivo.²⁷ Así pues, al tratarse de un CLH, la ejecución de Almonacid Arellano no podía ser objeto de amnistía²⁸ y estaba sujeta a las limitaciones de la cosa juzgada fraudulenta.²⁹ En este mismo sentido, en *La Cantuta*, la Corte IDH determinó que los CLH son, además, imprescriptibles.³⁰

Sin embargo, como se verá, en otros casos se han derivado estas mismas consecuencias sin la necesidad de analizar los elementos contextuales ni realizar un pronunciamiento en el sentido de que se habían cometido CLH.

6. Abandono del concepto

Ya se mencionaron los casos en los cuales, en el lapso de dos meses, la Corte IDH se pronunció sobre la comisión de CLH. Sin embargo, no ha vuelto a realizar este tipo de pronunciamientos a pesar de que ha tenido la oportunidad para hacerlo. Es decir, aunque se han dado situaciones similares a las que motivaron la identificación de CLH en casos posteriores, la Corte IDH no ha vuelto a realizar de señalamientos este tipo. Los casos son muchos, por lo que en este apartado solamente se hará mención de algunos de forma meramente ejemplificativa.

En 2007 hubo oportunidad de declarar la comisión de un CLH por agentes del Estado en el caso de la *Masacre de la Rochela*. En este caso, la Corte IDH identificó un patrón de violencia en contra de funcionarios judiciales, como se precisa en el siguiente párrafo:

Los hechos del presente caso se produjeron dentro de un contexto de violaciones contra funcionarios judiciales dirigidas a impedir sus labores, intimidarlos, amedrentarlos y así lograr la impunidad de graves violaciones a los derechos humanos. Fue dentro de ese contexto de riesgo para los funcionarios judiciales que el Estado no adoptó las medidas necesarias para

²⁶ Véase el caso *Almonacid Arellano*, cit., § 114.

²⁷ *Ibidem*, § 127.

²⁸ *Ibidem*, § 152.

²⁹ *Ibidem*, § 154.

³⁰ Véase el caso *La Cantuta*, cit., § 225.

garantizar la seguridad de los miembros de la Comisión Judicial en el cumplimiento de sus labores, situación reconocida en varias sentencias del Consejo de Estado.³¹

En este párrafo se evidencia la identificación de un ataque sistemático y la identificación de *población civil*, consistente en los funcionarios públicos encargados de las investigaciones de violaciones a derechos humanos. Esta situación es similar a lo que se dio por comprobado en el caso de *La Cantuta*, pero sin que la Corte IDH se haya pronunciado sobre la existencia de CLH.

Otro caso es *Ticona Estrada*. En este, la Corte IDH identificó “una política planificada de intimidación, acoso y exterminio contra los miembros del Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR) y cualquier grupo de personas, organización política o sindical que se opusiera de cualquier modo a los propósitos de la Junta Militar”.³² Esta frase claramente apunta a la comisión sistemática de violaciones a derechos humanos en contra de la población civil; sin embargo, la Corte IDH no se pronunció sobre la comisión de CLH.³³

Otro ejemplo es el caso *Anzualdo Castro*. Este es ilustrativo respecto del abandono del criterio, pues se trata de un asunto que derivó de la desaparición forzada de la víctima, acontecida en el mismo tiempo y, por lo tanto, en el mismo contexto de “combate a la subversión” que originaron los casos de *Penal Castro y Castro y La Cantuta*.³⁴ Sin embargo, no hubo declaración alguna en cuanto a la comisión de CLH. El contraste y el cambio de criterio es más notorio en este caso, dado que se trata de la misma situación por la que en 2006 Corte IDH había declarado la existencia del contexto propio de los CLH, pero en 2009 (año en el cual se resolvió el caso *Anzualdo Castro*) ya no estaba dispuesta a hacerlo.

Basta hacer la simple mención del caso *Masacre de las Dos Erres* para advertir que, aun en los casos más recientes en los cuales la Corte IDH ha dado por comprobado un

³¹ Caso de la *Masacre de la Rochela contra Colombia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 81.

³² Caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, serie C, n.º 191, § 47.

³³ En este mismo sentido véase el caso *Radilla Pacheco contra México*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, n.º 209, § 116, 132-133, 152. En diversas partes de la sentencia la Corte IDH señala la existencia de un patrón de desapariciones masivas dentro del contexto del combate a la guerrilla, pero sin afirmar que la desaparición de la víctima haya sido un CLH.

³⁴ Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, Corte IDH, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, serie C, n.º 202, § 48-49.

patrón de violencia sistemático³⁵ o generalizado³⁶ en contra de la población civil,³⁷ no se ha vuelto a declarar la existencia de un CLH.

Sin embargo, no se puede concluir de forma contundente que la Corte IDH haya abandonado los pronunciamientos sobre la existencia de CLH en sus sentencias. En la resolución del reciente caso *Cepeda Vargas* hizo el siguiente pronunciamiento:

En casos de violaciones graves a los derechos humanos la Corte ha tomado en cuenta, en el análisis de fondo, que tales violaciones pueden también ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad, por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población, a efectos de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención en el caso específico y las consecuencias jurídicas. Con ello, la Corte no realiza, de ningún modo, una imputación de un delito a persona natural alguna. En este sentido, las necesidades de protección integral del ser humano bajo la Convención han llevado a la Corte a interpretar sus disposiciones por la vía de la convergencia con otras normas del derecho internacional, particularmente en lo relacionado con la prohibición de crímenes contra la humanidad, que tiene carácter *jus cogens*, sin que ello pueda implicar una extralimitación en sus facultades, pues, se reitera, con ello respeta las facultades de las jurisdicciones penales para investigar, imputar y sancionar a las personas naturales responsables de tales ilícitos. Lo que la Corte hace, de acuerdo con el derecho convencional y el derecho consuetudinario, es utilizar la terminología que emplean otras ramas del Derecho Internacional con el propósito de dimensionar las consecuencias jurídicas de las violaciones alegadas *vis-à-vis* las obligaciones estatales.³⁸

Es difícil extraer conclusiones ciertas de esta afirmación. Por un lado, la Corte IDH insiste en que seguirá usando criterios de DPI para explicar los alcances de la responsabilidad estatal y las consecuencias jurídicas derivadas de ella, incluidas las consecuencias jurídicas de las violaciones. Sin embargo, como ya se vio, hay un gran número de casos en los cuales la Corte IDH no ha necesitado recurrir al concepto de CLH para derivar consecuencias jurídicas como la garantía de no repetición.

Por otro lado, parece matizar la postura inicialmente establecida en *Almonacid Arellano* al indicar que se recurrirá al DPI solamente para determinar el contexto de las violaciones. Es decir, este será el único fin que se buscará al pronunciarse sobre la

³⁵ Véase el caso de la *Masacre de las Dos Erres contra Guatemala*, Corte IDH, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, serie C, n.º 211, § 82.

³⁶ *Ibidem*, § 152.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Véase el caso *Manuel Cepeda Vargas contra Colombia*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia de 26 de mayo de 2010, serie C, n.º 213, § 42.

existencia de un CLH. Este caso parece marcar el inicio de un nuevo criterio en el uso de los criterios de DPI.

7 ● Críticas a los pronunciamientos sobre la existencia de CLH realizados por la Corte IDH

En realidad, resulta afortunado que la Corte IDH se haya abstenido de declarar la existencia de CLH en fechas más recientes, pues los razonamientos que sirvieron de base para hacer este tipo de declaraciones son altamente criticables, sobre todo a la luz del desarrollo que se ha dado en el DPI en cuanto al concepto de CLH y sus consecuencias. En este apartado se plantearán las siguientes objeciones a las resoluciones de la Corte IDH: la falta de competencia para declarar la existencia de un CLH, la imprecisión en el uso de conceptos y la inconsecuencia de dichos pronunciamientos.

7.1. Competencia de la Corte IDH

Quizá la crítica más directa que se puede hacer de los pronunciamientos de la Corte IDH es que carece de competencia para declarar la comisión de CLH. El artículo 33 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala:

Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de esta Convención: A. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [...] y B. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. [...].

Este precepto claramente señala que la Corte IDH solamente tiene competencia para determinar si un Estado ha violado la Convención Americana de Derechos Humanos; es decir, si ha cometido una violación a los derechos humanos.³⁹

La consecuencia de dicha violación acarrea responsabilidad estatal, como se indica en el párrafo 1 del artículo 63 de la propia Convención:

³⁹ Sobre la extralimitación en las facultades de la Corte IDH bajo el amparo del activismo judicial véase Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de los derechos humanos y el derecho penal internacional*, Montevideo, Univesidad de Göttingen y Konrad Adenauer Stiftung, 2010, pp. 25-62.

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Lo que la Corte IDH hace al pronunciarse sobre la existencia de un CLH es ampliar sus facultades más allá de lo que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, que es su instrumento fundacional. En estricto sentido, la comisión de CLH implica responsabilidad penal (internacional); es decir, responsabilidad para el individuo y no para el Estado.

Antes de que la Corte IDH se pronunciara sobre la comisión de CLH, tenía mucho cuidado en separar sus funciones de las de un tribunal penal:

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 por 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.⁴⁰

En este sentido, no se debe perder de vista que los CLH son crímenes internacionales, por lo que pertenecen al ámbito del DPI, mientras que las violaciones a los derechos humanos pertenecen al ámbito de la responsabilidad estatal.⁴¹ Si bien hay esfuerzos por tratar de borrar esta diferencia,⁴² por lo menos dos aspectos deben tomarse en consideración para seguir sustentándola.

Los CLH se han desarrollado siempre en el contexto del DPI. Desde las primeras formulaciones en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta la redacción vigente prevista

⁴⁰ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Corte IDH, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, serie C, n.º 4, § 134.

⁴¹ Véase Antonio Cassese: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 23, quien enfatiza que el DPI conlleva responsabilidad del individuo, a diferencias de otras formas de responsabilidad que son únicas del Estado.

⁴² Véase el caso *Goiburú*, cit.; véase también Juan Méndez: *Regional Courts and Commissions. Consultative Conference on International Criminal Justice*, United Nations, pp. 1-2, quien acepta que hay diferencias entre los tribunales regionales de derechos humanos y los tribunales penales internacionales, derivados en parte de su creación en tiempos y contextos históricos distintos. Sin embargo, argumenta que hay un sistema jurídico de protección en el cual hay un intercambio importante de criterios jurisprudenciales.

en el ECPI, su naturaleza siempre ha sido la de un crimen internacional y su formulación siempre se ha elaborado en el contexto del poder punitivo internacional.

De lo anterior, es ilustrativo lo previsto en los Principios de Núremberg elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y avalados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.⁴³ En este documento se establecieron las bases del DPI, cuyo desarrollo se ha consolidado a partir de la década de los noventa. Entre los puntos a destacar está la existencia de la responsabilidad penal internacional (principio I). Esto se traduce en la existencia del poder punitivo internacional y la posibilidad de responsabilizar y sancionar a las personas que cometen crímenes internacionales. Por su parte, se establece que uno de los crímenes internacionales que acarrear tal tipo de responsabilidad son los CLH (principio VI). De esta forma queda reconocido que la comisión de CLH está dentro de este ámbito de responsabilidad internacional.

Los CLH protegen ciertos bienes jurídicos que en ocasiones coinciden con derechos humanos internacionalmente reconocidos, pero esto no siempre es así.⁴⁴ Sin embargo, es importante recordar que el DPI tiene las mismas funciones que el derecho penal nacional, entre las que destaca la protección de bienes jurídicos en el ámbito internacional, no así la protección de derechos humanos.⁴⁵

En otras palabras, hay derechos, como la vida, que son derechos humanos, pero cuando se convierten en el objeto de protección de un tipo penal (internacional) su naturaleza jurídica cambia y se transforman en bienes jurídicos tutelados. En estos casos, la protección es la propia de cualquier bien jurídico tutelado: la sanción por su lesión o puesta en peligro. Se identifica con el ámbito penal y debe ser juzgada por tribunales competentes.

La justificación de la Corte IDH para pronunciarse sobre CLH se apoya en el concepto de *cross-fertilization*, que es la idea de que el derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) y el DPI encuentran un área de convergencia en los CLH como reflejo de una “conciencia jurídica universal”.⁴⁶ Sin embargo, esta postura omite reconocer

⁴³ Principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en los juicios de Núremberg, Comisión de Derecho Internacional, 2.ª sesión, 1950.

⁴⁴ Véase Gerhard Werle: *Principles of International Criminal Law*, La Haya: T. M. C. Asser Press, 2005, pp. 40-42; véase también, Kriangsak Kittichaisaree: *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2001, pp. 3-4, Antonio Cassese: o. cit., p. 23.

⁴⁵ Véase Javier Dondé Matute: “Tipos penales en el ámbito internacional”, México: INACIPE, 2006, pp. 1-20 y 81-84, sobre un análisis de los conceptos de poder punitivo internacional, bien jurídico en el ámbito internacional y su relación con los CLH.

⁴⁶ Véase el caso *Goiburú*, cit., § 40-43.

por lo menos dos aspectos propios del derecho penal que hacen metodológicamente imposible esta convergencia jurisprudencial.⁴⁷

Ante un tribunal penal, la comisión de un CLH debe comprobarse más allá de la duda razonable.⁴⁸ Sin embargo, ante los tribunales de derechos humanos, como la Corte IDH, la comprobación no es tan estricta.⁴⁹ Esta afirmación es trascendente, pues la declaración de que un Estado violó derechos humanos es más fácil de comprobar, ya que la exigencia probatoria es menor que el hecho de que una persona cometió CLH. Inclusive, lo anterior puede llevar a resoluciones contradictorias entre lo señalado por tribunales internacionales, sean penales o de derechos humanos. Esta situación hace preferible distinguir con claridad entre las competencias de ambos.⁵⁰ Así, los CLH deben quedarse dentro del ámbito de los tribunales penales.

Además de las exigencias probatorias, que son diferentes en DPI y en el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), la interpretación del concepto de CLH es distinta en ambos ámbitos. En materia penal, rige el principio de estricta aplicación de la ley penal, lo cual no es ajeno al DPI. El propio ECPI la reconoce en su artículo 22.2 al señalar: “La definición del crimen será interpretada estrictamente y no se hará extensiva por analogía”.

Este principio, reconocido ampliamente en el ámbito nacional e internacional,⁵¹ tiene consecuencias negativas para la *cross-fertilization*, pues sujeta las interpretaciones judiciales que se hacen en el derecho penal a cánones más estrictos que en otras materias. En efecto, al darle cumplimiento a esta norma de interpretación, la clasificación de una conducta como CLH en el ámbito penal debe ser diferente a la que se haga en otras materias. Este es un serio problema si se pretende tomar una sentencia de DPI y

⁴⁷ El concepto de *cross-fertilization* no tiene un significado unívoco. Se emplea no solo para designar el uso de jurisprudencia de una rama del derecho en otra, que es el sentido aquí expresado, sino también para describir la relación entre el derecho convencional y el derecho consuetudinario. Al respecto véase Philippe Sands: “Treaty, Custom, and the Cross-fertilization of International Law”, en *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, 1998, pp. 85-106.

⁴⁸ Véase el artículo 66.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

⁴⁹ Véase el artículo 42 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este precepto se permite la presunción legal en contra. Para un análisis detallado de la práctica probatoria de la Corte IDH véase el trabajo del Dr. Dino Carlos Caro Coria en este volumen, en el que se subrayan la flexibilidad en el uso de pruebas y la carga probatoria en contra del Estado como entidad acusada.

⁵⁰ Véase Javier Dondé Matute: “El caso *Bosnia-Herzegovina vs. Serbia and Montenegro* y la evolución del derecho penal internacional”, en *Criminogénesis*, vol. 4, 2009, pp. 75-82. En ese artículo se comentan algunas discrepancias de criterios entre el TPIY y la Corte Internacional de Justicia en la determinación de los alcances del genocidio cometido durante el conflicto de los Balcanes.

⁵¹ Sobre los alcances del principio de legalidad penal véase Javier Dondé Matute: *Principio de legalidad penal: Perspectivas de derecho nacional e internacional*, México y Barcelona: México Universitario y Bosch, 2007.

aplicarla al ámbito de los derechos humanos o, peor aun, en el sentido opuesto, pues el juez penal que dictó dicha resolución estuvo sujeto a limitaciones que no constreñían al juzgador en otras ramas del derecho. Esto crea una asimetría en las interpretaciones entre la materia penal y cualquier otra rama que hace que el *cross-fertilization* parta de premisas divergentes y haga inviable su aplicación.⁵²

En conclusión, no es posible equiparar las violaciones a derechos humanos con los CLH, pues la naturaleza jurídica del objeto de protección es distinta, las consecuencias jurídicas son distintas, y también es distinta su forma de comprobación e interpretación conceptual. Estas son, además, razones para reforzar la incompetencia de la Corte IDH para declarar la comisión de CLH.

7.2. Imprecisión en la determinación del concepto de CLH

El concepto de CLH que ha usado la Corte IDH es impreciso, ya que no toma en consideración los antecedentes y cambios que el tipo penal ha sufrido a lo largo del tiempo, por lo menos desde su “codificación” en la Carta del Tribunal de Núremberg hasta el ECPI.⁵³ En el caso *Almonacid Arellano* se señaló que solamente existen cuatro elementos contextuales para comprobar un CLH: ataque generalizado o sistemático, población civil y la conducta subyacente, que puede ser una sola. La Corte IDH mencionó que en el Estatuto del Tribunal de Núremberg:

[Se] proporcionó la primera articulación de los elementos de dicha ofensa, que se mantuvieron básicamente en su concepción inicial a la fecha de muerte del señor Almonacid Arellano, con la excepción de que los crímenes contra la humanidad pueden ser cometidos en tiempos de paz como en tiempos de guerra.⁵⁴

⁵² Véase Jocelyn Courtney: “Enforced Disappearances in Colombia: A Plea for Synergy between the Courts”, en *International Criminal Law Review*, vol. 10, 2010, pp. 679-711. La autora argumenta que los criterios de la Corte IDH pueden servir para determinar la admisibilidad de un caso ante la CPI, haciendo factible el *cross-fertilization* en ese contexto. Véase también Stephane Jaquemet: “The cross-fertilization of International Humanitarian Law and International Refugee Law”, en *International Review of the Red Cross*, vol. 83, n.º 843, setiembre 2001, pp. 651-673. Esta práctica puede ser usada entre ramas del derecho que tengan premisas similares.

⁵³ Véase Ambos y Wirth: o. cit., pp. 101-118. Los autores detallan la evolución del elemento de contexto desde la Carta del Tribunal de Núremberg hasta la creación de los Paneles Especiales para Timor Oriental. En este estudio se destaca lo cambiante del concepto de CLH, de tal forma que solamente es necesario un contexto general que cambia según el “legislador” de turno o el juez que interpreta.

⁵⁴ Véase el caso *Almonacid Arellano*, cit., § 96.

Posteriormente, El Estatuto del Tribunal de Núremberg y los Principios que se redactaron por la Asamblea General de las Naciones Unidas tipificaban los CLH de la siguiente manera:

CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD: Asesinato, exterminio, esclavitud, deportación y cualquier otro acto inhumano contra la población civil, o persecución por motivos religiosos, raciales o políticos, cuando dichos actos o persecuciones se hacen en conexión con cualquier crimen contra la paz o en cualquier crimen de guerra.⁵⁵

Como se puede observar, en el Estatuto del Tribunal de Núremberg no se hacía mención a los ataques generalizados o sistemáticos. Pero —lo que es más importante— se incluían elementos adicionales que no fueron considerados por la Corte IDH, como son el elemento discriminatorio y la conexión con un crimen contra la paz o crimen de guerra.

Es decir, la comisión de un CLH en Núremberg requería que fuera cometido con un fin discriminatorio y que se diera en conexión con un conflicto armado. Estos elementos todavía se consideraban vigentes en 1993, cuando el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas redactó el Estatuto del TPIY,⁵⁶ como se desprende del texto del artículo 5:

El Tribunal Internacional está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando estos han sido cometidos en el curso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier población civil.

Es importante notar que los elementos contextuales de ataque sistemático y generalizado no aparecen en el texto del Estatuto del TPIY, sino que fueron incorporados jurisprudencialmente.⁵⁷ Debe señalarse que también se eliminaron los requisitos del nexos con el conflicto armado⁵⁸ y el móvil discriminatorio.⁵⁹ Sin embargo, esto no formó parte del razonamiento en el caso *Almonacid Arellano* ni queda claro que para 1973, año

⁵⁵ Principios del derecho internacional reconocidos en la Carta del Tribunal de Núremberg y en los juicios de Núremberg, cit., principio VI (a).

⁵⁶ Security Council resolution 827 (1993), on establishment of the International Tribunal for Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, S/Res/827, 25 de mayo de 1993.

⁵⁷ Véase *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vokovic*, Case n.º IT-96-23 and IT-96-23/1, Appeals Chamber, 12 junio 2002, § 95.

⁵⁸ *Ibidem*, § 86.

⁵⁹ Véase *Prosecutor v. Tadic*, Case IT-94-1, Appeals Chamber, 15 julio 1999, § 283.

de comisión de los hechos, estos elementos ya no se encontrarán vigentes. Es más, si la Corte IDH consideró que el concepto de CLH redactado en Núremberg seguía vigente, debió haberlo incorporado en su razonamiento. En este mismo sentido, hay evidencia para suponer que los CLH deben estar vinculados a la política de una entidad organizada o estatal. Este requisito surge en la jurisprudencia posterior a Núremberg y hasta la creación de los tribunales *ad hoc*.⁶⁰ Sucede lo mismo que con los demás elementos, ya que si bien hay un análisis de la participación estatal, lo cual es obvio en el contexto de la violación de derechos humanos y de la Corte IDH, en ninguna parte de la sentencia se vincula como elemento de los CLH o se propone su desaparición.

Por otro lado, hay evidencia para suponer que, si bien el nexo con el conflicto armado ya había desaparecido de la definición típica para 1973, todavía era necesario que el CLH se cometiera con un móvil discriminador. Cuando se redactó el Estatuto de las salas extraordinarias para Camboya, se tomó mucho cuidado en establecer el concepto de CLH vigente en 1975,⁶¹ solamente dos años después de la ejecución de Almonacid Arellano. El concepto que se empleó ya no incluía el nexo con el conflicto armado, pero mantenía el móvil discriminador: requería que la conducta se cometiera “en razón de [la] nacionalidad o permanencia a un grupo político, étnico, racial o religioso [de la población civil]”,⁶² lo cual significa que el ataque que constituye el CLH debe cometerse para discriminar.⁶³ La Corte IDH debió por lo menos haber estudiado este móvil.

Esto no significa que los elementos mencionados no se hubieran verificado en el caso *Almonacid Arellano* y en los demás en los que la Corte IDH consideró que se habían cometido CLH. La crítica es que no los incorporó en su descripción, con lo que creó un desfase entre el DIDH y el DPI.

Adicionalmente, si la Corte IDH retoma el criterio de señalar que ciertas conductas constituyen CLH, debe tomar en consideración el momento de comisión. El concepto de CLH es muy dinámico, ha cambiado en cada oportunidad que se ha tenido para tipificarlo. Esto significa que resulta de suma importancia no aplicar retroactivamente el

⁶⁰ Véase Ambos y Wirth: o. cit., p. 108.

⁶¹ Véase *Report of the Group of Experts for Cambodia established pursuant to General Assembly resolution 52/135, 18 February 1999*, § 66. “As noted above, the accountability of the Khmer Rouge must be determined in light of the law as of 1975, regardless of developments in international law since then”. Cf. Ambos y Wirth: o. cit., pp. 107-108, quienes señalan que el nexo con el conflicto armado empezó a deteriorarse desde la redacción de la Ley del Consejo de Control n.º 10, al terminar la Segunda Guerra Mundial.

⁶² Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia for the Prosecution of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea, adoptada por la Asamblea Nacional el 2 de enero de 2001, artículo 5.

⁶³ Véase *Prosecutor v. Bagilishema*, ICTR-95-1A-T (Trial Chamber), 7 junio 2001, § 81.

concepto y sujetarse al concepto vigente. En efecto, toda vez que los casos *Penal Castro y Castro* y *La Cantuta* ocurrieron en la década de los ochenta, se debió haber estudiado si el concepto había cambiado respecto a 1973.⁶⁴

Es importante hacer una aclaración. En este apartado no se critica el hecho de que al identificar el contenido de los elementos contextuales la Corte IDH haya cometido un error. Al contrario, parece que los conceptos de ataque sistemático y población civil coinciden con los criterios derivados del DPI, por lo menos en la aplicación en los casos peruanos. La crítica es que el carácter evolutivo y dinámico de los CLH hace necesario analizar los elementos vigentes en el momento de los hechos. En esto consiste la imprecisión a la que alude el título del apartado.

7.3. Intrascendencia de los pronunciamientos

Sería importante que la Corte IDH se pronunciara sobre la comisión de CLH si de ello resultaran consecuencias importantes. En los casos en los cuales se señaló la existencia de un CLH, ello se derivó de que estas conductas no podían ser objeto de amnistías o prescripción y estaban sujetas a las reglas de la cosa juzgada fraudulenta. En otras palabras, no era posible establecer medidas que fomentaran la impunidad. Sin embargo, desde los primeros casos que llegaron a la Corte IDH, se estableció que generar impunidad era en sí una violación a la Convención Americana de Derechos Humanos.⁶⁵ Inclusive, la Corte IDH ha señalado que las leyes de autoamnistía y prescripción generan impunidad y son violatorias de la garantía de un recurso efectivo, sin necesidad de señalar la existencia de un CLH.⁶⁶

En este orden de ideas, resulta importante destacar el caso de la *Comunidad Moiwana*, fallado apenas unos meses antes que *Almonacid Arellano*. En este caso la Corte IDH tuvo que resolver sobre una matanza cometida en contra de los miembros

⁶⁴ Véase Otto Triffterer: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court - Observer's notes, article by article*, 2.ª edición, Múnich y Baden-Baden: Beck, Hart y Nomos, 2008, p. 168. Comenta el autor que aun en la conferencia de Roma no había consenso en torno a los elementos contextuales (*chapeau*) que debía contener el artículo 7 del Estatuto de Roma.

⁶⁵ Véanse los casos *Velásquez Rodríguez*, cit., § 166, y *Castillo Páez contra Perú*, Corte IDH, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 1998, serie C n.º 43, § 106-107. Hay un vínculo entre el derecho a un recurso efectivo (artículo 25.1 de la CADH) y la impunidad; caso de los *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, serie C n.º 63, § 226.

⁶⁶ Véase el caso *Barrios Altos contra Perú*, Corte IDH, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 41-43. (Este caso es emblemático pues ocurrió en el mismo contexto que los casos donde hubo declaración de la existencia de CLH.)

de la comunidad N'djuka, en la aldea de Moiwana.⁶⁷ Después de ese conflicto armado, un gobierno civil promulgó la Ley de Amnistía de 1989.⁶⁸

Dicha ley excluía de su aplicación a los CLH, definidos como “aquellos crímenes que, de conformidad con el derecho internacional, se encuentran clasificados como tales”.⁶⁹ Igualmente, en 1994 se reformó el Código Penal para declarar imprescriptibles los CLH y los crímenes de guerra.⁷⁰ Sin embargo, a pesar de las referencias expresas a los CLH en la ley de amnistía, la Corte IDH obvió esta situación, reiteró su postura en el sentido de que las violaciones a los derechos humanos deben investigarse y sancionarse,⁷¹ sin la necesidad de referirse a la posible comisión de un crimen internacional. Esta postura evidencia que no es necesario señalar que se cometió un CLH para considerar que las violaciones a derechos humanos no están sujetas a medidas que puedan generar impunidad.

Es interesante notar que existen algunos casos en los que se menciona que hubo “violaciones graves a los derechos humanos” o inclusive “muy graves violaciones a los derechos humanos” sin explicar en qué consiste la gravedad; sin embargo, se derivan conclusiones similares a las previstas para los denominados CLH, como la inaplicabilidad de las leyes de amnistía,⁷² la imprescriptibilidad⁷³ y la cosa juzgada fraudulenta.⁷⁴ Una forma de determinar la gravedad podría ser a través de la comprobación de los elementos contextuales, pero este análisis no se lleva a cabo, lo que deja estas frases llamativas sin contenido o materialidad, pero también evidencia que no es necesario que se declare la existencia de un CLH para derivar estas consecuencias.

En varios casos, la Corte IDH ha declarado la existencia de un *patrón sistemático de conducta* y ha señalado que ello constituye una violación agravada de derechos humanos. En estos casos no se llega al extremo de pronunciarse sobre la comisión de un CLH, aunque la frase *patrón sistemático de conducta* es muy parecida al elemento contextual *ataque sistemático*. Tampoco se toman en cuenta otros elementos, como la población

⁶⁷ Caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, Corte IDH, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 86.12-86.24.

⁶⁸ *Ibidem*, § 86.14.

⁶⁹ *Ibidem*, § 86.39.

⁷⁰ *Ibidem*, § 86.41.

⁷¹ *Ibidem*, § 167.

⁷² Véase el caso *Barrios Altos*, cit., § 41.

⁷³ Véanse los casos *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, § 276-277; *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, Corte IDH, fondo reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171.

⁷⁴ Véase el caso *Carpio Nicolle y otros contra Guatemala*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre 2004, serie C, n.º 117, § 130-131.

civil. A pesar de ello, la Corte IDH ha determinado que se trata de una forma *agravada de violación a derechos humanos*, de nuevo sin la necesidad de señalar la comisión de un CLH.⁷⁵

Adicionalmente, al momento de cuantificar la reparación del daño en los casos en los que se hizo dicha declaratoria, no se menciona que por tratarse de un CLH se haya sumado una reparación adicional a la que correspondería por un acto aislado o, simplemente, no constitutivo de este crimen internacional.

En el orden de las reparaciones cabe notar que en el caso *Almonacid Arellano* y en *La Cantuta* se procedió a establecer garantías de no repetición mediante la eliminación de los obstáculos para realizar los procesos penales.⁷⁶ Sin embargo, las garantías de no repetición como parte de la reparación no son exclusivas de estos casos; se han realizado en los supuestos de violaciones al derecho a la vida, en el contexto de ejecuciones extrajudiciales.⁷⁷

De las anteriores reflexiones se llega a la conclusión de que no existe una consecuencia jurídica de la declaración por la Corte IDH de que se ha cometido un CLH, pues igualmente llega a consecuencias similares sin establecer dicha comisión.

8. Conclusiones

En una serie de casos en el 2006, la Corte IDH inició una línea de jurisprudencia en la que resolvió que se habían cometido CLH. El análisis de estos casos lleva a concluir que las resoluciones de este tipo están plagadas de imprecisiones y son gratuitas.

Al hacer estos señalamientos, la Corte IDH cometió una serie de imprecisiones en la identificación de los elementos contextuales que convierten una conducta aislada en un CLH. También ha creado confusión en cuanto a su propia competencia y a la de los tribunales penales internacionales, que son la instancia adecuada para señalar cuándo se ha cometido un crimen internacional. Otra consecuencia de lo anterior es el desconocer la diferencia entre responsabilidad estatal y responsabilidad penal internacional.

⁷⁵ Véase el caso de la *Masacre de la Rochela contra Colombia*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, § 76, 80-83 y 98.

⁷⁶ Véanse los casos *Almonacid Arellano*, cit., § 144, 151-157, y *La Cantuta*, cit., § 226.

⁷⁷ Véanse los casos *Bulacio contra Argentina*, Corte IDH, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 138; *Masacre de la Rochela*, cit., § 280 ss.; *Myrna Mack Chang*, cit., 281 ss., y *Carpio Nicolle*, cit., § 126-135.

Igualmente, derivó consecuencias jurídicas: la inaplicabilidad de mecanismos que generan impunidad como las amnistías, la prescripción y la aplicación de la cosa juzgada fraudulenta, por ejemplo. Sin embargo, estas consecuencias ya las había derivado de las violaciones a derechos humanos que, aunque se pudieran calificar de masivas o sistemáticas, no fue necesario retomar un concepto de DPI para considerar que imposibilitan la adecuada protección de los derechos humanos al impedir que sus violaciones sean investigadas, procesadas y sancionadas. Asimismo, no se derivó —o la Corte IDH no razonó— el aumento en la reparación de daño por la comisión de un CLH, por lo que este tipo de declaraciones carece de sentido.

Afortunadamente, la Corte IDH no ha vuelto a declarar la comisión de CLH, a pesar de haber tenido oportunidad para ello. Así es que por el momento estos errores de razonamiento han cesado con el abandono de estos pronunciamientos. Sin embargo, al reservarse la facultad de continuar haciendo estas declaraciones para “contextualizar” las violaciones de derechos humanos, lo único que se puede pedir es que los pronunciamientos sean más informados y técnicos en el uso de la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales.

En estas líneas se ha tratado de demostrar que en varios niveles esto fue un error, por lo que si la Corte IDH vuelve a declarar que se han cometido CLH en una situación particular, estas resoluciones serían contrarias al derecho internacional, y en particular al DPI y a la competencia de la propia Corte IDH.

DERECHOS HUMANOS Y CRÍMENES INTERNACIONALES. OBSERVACIONES SOBRE EL PÁRRAFO 3 DEL ARTÍCULO 21 DEL ESTATUTO DE ROMA

*Emanuela Fronza**

RESUMEN. Este trabajo analiza el artículo 21, párrafo 3, del Estatuto de Roma, que requiere a los jueces que interpreten y apliquen ese tratado de manera conforme con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Tal norma, vinculante para el intérprete, establece un límite superior en la persecución de los crímenes internacionales y exige a los jueces el rigor necesario para asegurar el respeto de este estándar. A partir de algunas decisiones de la Corte Penal Internacional, se busca identificar ciertos problemas que suscita esa norma con referencia a sus funciones originarias y al uso que hacen los jueces de la sumamente vaga fórmula de *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. Respecto de otros sistemas supranacionales e internacionales, se pone de manifiesto que la Corte, juez de la compatibilidad con los derechos humanos, no está sujeta al control de ningún órgano superior, lo que muestra no solo la especificidad de este sistema penal, sino también algunas de sus imperfecciones.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, interpretación del derecho, normas jurídicas, Estatuto de Roma.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag analysiert Art. 21 Abs. 3 des Römischen Statuts, das die Richter verpflichtet, diesen Vertrag in Übereinstimmung mit den international anerkannten Menschenrechten auszulegen und anzuwenden. Diese für die Auslegung verbindliche Norm legt hohe Standards für die Verfolgung von Verbrechen gegen das Völkerrecht fest und fordert von den Richtern die zu ihrer Einhaltung nötige Strenge. Ausgehend von bestimmten Entscheidungen des Internationalen Strafgerichtshofs sollen einige Probleme herausgearbeitet werden, die sich aus der genannten Vorschrift hinsichtlich ihrer ursprünglichen Funktionen

* Agradezco a Alejandro Kiss y Elena Maculan por su ayuda para la preparación de esta contribución. Gracias también a Héctor Olásolo

und des Gebrauchs, den die Richter von der äußerst unklaren Formulierung *international anerkannte Menschenrechte* machen, ergeben. Ein Vergleich mit anderen supranationalen und internationalen Systemen lässt erkennen, dass der Gerichtshof, der über die Vereinbarkeit mit den Menschenrechten richtet, keinerlei Kontrollen eines übergeordneten Organs unterworfen ist, was nicht nur den besonderen Charakter dieses Strafrechtssystems, sondern auch einige seiner Unzulänglichkeiten verdeutlicht.

Schlagwörter: internationales Recht der Menschenrechte, Rechtsauslegung, Rechtsnormen, Römisches Statut.

ABSTRACT. This work analyses Article 21 paragraph 3 of the Rome Statute, which requires judges to interpret and apply the treaty in a manner consistent with internationally recognized human rights. That binding rule sets the upper limit for the prosecution of international crimes and judges must abide by this standard. Based on some decisions by the International Criminal Court, an attempt is made to identify issues raised by the rule with regard to its original functions and the way judges use the vague formula of *internationally recognized human rights*. As compared with other supranational and international systems, it is worth noting that the Court has authority to evaluate consistency with human rights and it operates without control by any superior body, which shows that this criminal system is very specific and not quite perfect.

Keywords: international human rights law, interpretation of the law, legal rules, Rome Statute.

1 • Introducción

Por primera vez en la historia del derecho y de la justicia penal internacional, se observa en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) una norma que indica el derecho aplicable (artículo 21 del ECPI).¹

¹ Esta norma expresa claramente la voluntad del sistema de la Corte de autonomizarse respecto de otras fuentes externas y de establecer las fuentes aplicables (la autonomía del sistema es formalizada también por el artículo 10 del ECPI). Por el contrario, el pluralismo de fuentes y el rol asignado al juez son elementos que se ubican en una dimensión de continuidad con rasgos del derecho penal internacional preexistente en materia de fuentes aplicables. La práctica de la Corte denota la utilización de fuentes muy diversas (por ejemplo, se citan el *Report* del secretario general de las Naciones Unidas sobre "The Establishment of a Special Court of Sierra Leone" (CSL), sentencias de la Cámara de Apelación de la misma Corte, los Convenios de Ginebra, la Convención sobre

Los redactores del ECPI, en discontinuidad con las experiencias anteriores, han decidido no solamente indicar las fuentes, sino también ordenarlas según una jerarquía que se encuentra cristalizada en el párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, de esa misma disposición.²

Este trabajo no pretende analizar el sistema de fuentes en el ECPI, sino que se concentra exclusivamente en la cláusula de cierre contemplada en el párrafo 3 del artículo 21,³ que, casi de manera pleonástica, afirma:

La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición.

El objetivo específico de nuestro análisis es tratar de identificar la función de este artículo en el sistema de la Corte Penal Internacional (CPI) y —sin pretensión de exhaustividad— demostrar, a través del examen de algunas *decisions* de este tribunal, cómo esa disposición ha sido utilizada y qué problemas plantea.⁴

los Derechos del Niño de 1989 y la jurisprudencia del Tribunal Europeo o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² “1. La Corte aplicará: a) en primer lugar, el presente Estatuto, los Elementos de los Crímenes y sus Reglas de Procedimiento y Prueba; b) en segundo lugar, cuando proceda, los tratados y los principios y normas de derecho internacional aplicables, incluidos los principios establecidos del derecho internacional de los conflictos armados; c) en su defecto, los principios generales del derecho que derive la Corte del derecho interno de los sistemas jurídicos del mundo, incluido, cuando proceda, el derecho interno de los Estados que normalmente ejercerían jurisdicción sobre el crimen, siempre que esos principios no sean incompatibles con el presente Estatuto ni con el derecho internacional ni las normas y principios internacionalmente reconocidos”. Al respecto cf. I. Bantekas: “Reflections on some Sources and Methods of International Criminal and Humanitarian Law”, en *International Criminal Law Review*, n.º 6, 2006, pp. 121-136; Gilbert Bitti: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Leiden: Martinus Nijhoff, 2009, pp. 285, 294; A. Pellet: “Applicable Law”, en Antonio Cassese, Paola Gaeta y John Jones: *Commentary on the ICC Statute*, Oxford: Oxford University Press, 2002; Alexander Zahar-Goran Sluiter: *International Criminal Law: A critical Introduction*, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 79-105; Paul Akande: “Sources of International Criminal Law”, en Antonio Cassese (dir.): *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press, 2009; Matteo Costi y Emanuela Fronza: “Le fonti”, en Enrico Amati, Valentina Caccamo, Matteo Costi y Antonio Vallini: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2010, p. 77.

³ Sobre el § 3 del artículo 21 del ECPI, véase Daniel Sheppard: “The International Criminal Court and ‘Internationally Recognized Human Rights’: Understanding Article 21 (3) of the Rome Statute”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, pp. 43-71; Leena Grover: “A Call to Arms: Fundamental Dilemmas Confronting the Interpretation of Crimes in the Rome Statute of the International Criminal Court”, en *European Journal of International Law*, vol. 21, n.º 3, 2010; Rebecca Young: “‘Internationally recognized human rights’ before the International Criminal Court”, en *International Comparative Law Quarterly*, n.º 60, 2011, pp. 189-208.

⁴ Respecto de la referencia a los derechos humanos en la práctica de los tribunales *ad hoc*, véase Elisabeth Lambert-Abdelgawad: “Les Tribunaux pénaux internationaux pour l’ex-Yougoslavie et le Rwanda et l’appel aux

2 • El artículo 21, párrafo 3, del ECPI: la “interpretación y aplicación”. ¿La Corte como *Haus ohne Hüter*?

En primer lugar, cabe señalar que la norma examinada distingue entre aplicación e interpretación, actividades que en realidad no son fácilmente distinguibles.⁵

Puesta por el legislador y destinada a los jueces de la CPI, impone un límite a su actuación (la compatibilidad con los derechos internacionalmente reconocidos),⁶ sea en el momento interpretativo, sea en el momento aplicativo, que se refiere a las fuentes mencionadas en los apartados del párrafo 1 del mismo artículo. Al tope de la jerarquía prevista en el artículo 21 del ECPI, los redactores de este tratado colocan a los derechos humanos “internacionalmente” reconocidos. Por ello, entre las varias interpretaciones posibles, es necesario elegir la que sea compatible con los principios inherentes a esos derechos.

El párrafo 3 del artículo 21, en consecuencia, establece un límite superior de respeto a los derechos humanos, tal como se hace en otros sistemas internacionales o supranacionales. Piénsese, por ejemplo, en el sistema de la Unión Europea y la necesidad de respetar los derechos fundamentales.⁷ Una comparación con este sistema parece interesante porque permite reflexionar sobre elementos que, por un lado, caracterizan al sistema de la CPI y, por el otro, muestran la especificidad de este sistema.

El párrafo 3 del artículo 21 tiene como función obligar a los jueces a actuar de manera compatible con los derechos humanos. Sin embargo, el sistema de la CPI, a diferencia del sistema de la Unión Europea, no prevé ninguna jurisdicción superior competente para controlar la compatibilidad de su acción con el límite (superior)

sources du droit international du droit de l'homme”, en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdelgawad (dirs.) : *Les sources du droit international pénal*, París : Société de Législation Comparée, 2005.

⁵ Que la actividad interpretativa pueda ser separada de la aplicación al caso en concreto es un debate muy vivaz. En el marco de la teoría del derecho, véase Gustavo Zagrebelsky: *La legge il suo diritto*, Bolonia: Il Mulino, 2011, el que evidencia que la aplicación suscita la necesidad de la interpretación y, por lo tanto, que se trata de momentos no separables.

⁶ En la versión en inglés de este párrafo se habla de una interpretación y aplicación que tiene que ser *consistent*; en el texto en francés se usa el término *compatible*.

⁷ El sistema establecido por la ECPI parece todavía más estricto porque se aplica no solamente a la interpretación, sino también a la aplicación. Ergo, no se puede interpretar ni aplicar una norma del ECPI si eso produce resultados discriminatorios o incompatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

puesto por aquella norma. En este sentido, parece una *lex imperfecta*, ya que no existe un guardián que pueda censurar eventuales antinomias y garantizar así el respeto de los derechos humanos. En otras palabras, el sistema de Roma ha previsto un organismo (la CPI) que puede defender al ECPI, pero no una jurisdicción competente, más allá de la CPI, que pueda defendernos del ECPI y de la actividad y las decisiones de la CPI.

La CPI no forma parte de un sistema *multilevel*, al menos en cuanto no existen organismos que puedan controlar su actividad.⁸ Es conocida la posibilidad en el ámbito europeo de que actúen diferentes jurisdicciones para identificar y solucionar una posible incompatibilidad con los derechos fundamentales, con base en una interpretación conforme a la Convención Europea, el derecho comunitario o el derecho nacional.⁹ Ahora bien, si la CPI optara en un caso por una interpretación o aplicación incompatible con el criterio establecido en el artículo 21, párrafo 3, es difícil imaginar que ella misma admitiera esa incompatibilidad. En efecto, la CPI es el *dominus* de este test de compatibilidad a la luz de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Por lo tanto, en el futuro sería útil tratar de encontrar un mecanismo de control no solo en abstracto, sino también en concreto, para que sea posible plantear una eventual antinomia entre una decisión de la CPI y los derechos humanos a los que se refiere aquella norma.

La jurisprudencia de la CPI cita a menudo el párrafo 3 del artículo 21,¹⁰ y de esa jurisprudencia se desprende claramente la función de parámetro interpretativo y

⁸ Sobre el sistema *multinivel* de protección de los derechos fundamentales, cf. Vittorio Manes: "Introduzione", en Vittorio Manes y Vladimiro Zagrebelsky (dir.): *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milán: Giuffré, 2011.

⁹ Sobre este método, cf. Giusi Sorrenti: *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milán: Giuffré, 2006; para un análisis en el marco del derecho penal, cf. Francesco Viganó: "Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali", en Corso-Zanetti (dir.): *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. II, Piacenza, 2010, p. 617; cf. también los artículos contenidos en el volumen a cargo de Vittorio Manes-Filippo Sgubbi: *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bolonia: Bononia University Press, 2007.

¹⁰ Más allá de las sentencias que vamos a analizar, se puede decir que la jurisprudencia de la CPI no siempre se refiere al párrafo 3 del artículo 21 con respecto a los mismos conceptos. Y esta referencia implica la utilización de otras normas (en abstracto tendrían que ser solamente instrumentos de interpretación) a veces individualmente y otras de manera conjunta. Por ejemplo, podemos citar la siguiente decisión: *Prosecutor v. Lubanga Dyilo*, Case ICC-01/04-01/06 OA8, *Reasons for "Decision of the Appeals Chamber on the Defence Application 'Demande de suspension de toute action ou procedure afin de permettre la désignation d'un nouveau Conseil de la Défense' Filed on 20 February 2007 issued on 23 February 2007"*, Appeals Chamber, 9 de marzo de 2007 (§ 12), donde se afirma que el derecho del acusado a su representación legal en cabeza de un consejo, es un "derecho humano internacionalmente reconocido", y se citan varios tratados internacionales (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Resolución de la Asamblea General 2200A (XXI), United Nations Document A/6316 (1966), 23 de marzo de 1976; Convención Europea de Derechos Humanos; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Convención Americana de Derechos Humanos). Siempre en el caso *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06 OA

aplicativo que tiene aquella norma. Al respecto, se puede citar como ejemplo una decisión pronunciada en el caso *Bemba*,¹¹ donde se establece lo siguiente:

39. The Chamber also takes into consideration the evidentiary principles as interpreted in previous decisions of the Court, as well as internationally recognised human rights standards as provided for in article 21(2) and (3) of the Statute.

Asimismo, se puede mencionar otra decisión de la CPI, pronunciada en el caso *Lubanga Dyilo*,¹² que parece especialmente interesante para entender cómo los derechos humanos tienen una eficacia preceptiva, vinculante para la interpretación y aplicación de las normas, sin que ello implique convertirlas en fuente del derecho:

37. Breach of the right to freedom by illegal arrest or detention confers a right to compensation to the victim (see article 85 (1) of the Statute). Does the victim have any other remedy for or protection against breaches of his/her basic rights? The answer depends on the interpretation of article 21 (3) of the Statute, its compass and ambit. Article 21 (3) of the Statute stipulates that the law applicable under the Statute must be interpreted as well as applied in accordance with internationally recognized human rights. Human rights underpin the Statute; every aspect of it, including the exercise of the jurisdiction of the Court. Its provisions must be interpreted and more importantly applied in accordance with internationally recognized human rights; first and foremost, in the context of the Statute, the right to a fair trial, a concept broadly perceived and applied [...].¹³

El artículo 21, párrafo 3, es utilizado también como puerta de entrada para argumentos adicionales que sustenten una interpretación efectuada por la CPI. Por ejemplo, la Cámara de Apelaciones,¹⁴ al afirmar que las personas que no sean testigos ni víctimas o familiares pueden ser protegidas a través de la *non-disclosure* de su identidad, en aras de garantizar su seguridad, busca apoyo en el artículo 21, párrafo

9 OA 10, en particular en la *Sentencia relativa a las apelaciones del Fiscal y la Defensa contra la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I sobre la participación de las víctimas de 18 de enero de 2008* (Appeals Chamber, 11 de julio de 2008), el juez Pikis, en su voto en disidencia (§ 13 ss.), también se valió del artículo 21, § 3, para citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo que establece límites a la participación de las víctimas y expresa el contenido de la noción de *juicio justo*.

¹¹ *The Prosecutor v. Bemba Gombo*, 01/05-01/08, Pre-Trial Chamber II, *Decision on Confirmation of Charges*, 15 de julio de 2009.

¹² Cf. *Lubanga Dyilo*, 01/04-01/06-772, *Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the jurisdiction of the Court pursuant to article 19(2) (a) of the Statute of 3 October 2006*, Appeals Chamber, 14 de diciembre de 2006, § 36-37.

¹³ Cursivas añadidas.

¹⁴ *The Prosecutor v. Katanga (Situation in the Democratic Republic of the Congo), Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements"*, Case ICC-01/04-01/07 (OA), Appeals Chamber, 13 de mayo de 2008, § 57 y 58.

3, diciendo que su interpretación es conforme (“*in adherence*”) a lo afirmado en ciertas sentencias del Tribunal Europeo.

2.1. Los derechos humanos “internacionalmente reconocidos”

Como hemos visto, el artículo 21, párrafo 3, del ECPI exige que la CPI interprete y aplique el derecho de conformidad con los derechos humanos *internacionalmente reconocidos*.

Esta formulación, que difiere de la que habla de derechos “generalmente” reconocidos, no es nueva dentro del panorama internacional.¹⁵ El mismo test de compatibilidad, pese a que utiliza palabras parcialmente diferentes, puede encontrarse también en otros textos cuya aplicación es competencia de diferentes jurisdicciones penales internacionales. El texto del acuerdo entre las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya para la persecución de los crímenes cometidos en este país¹⁶ prevé en su artículo 12 (sobre procedimiento), párrafo 2:

Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC) [...] shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights, to which Cambodia is a party.

Esta formulación nos parece similar a la que ha sido utilizada en el párrafo 3 del artículo 21 del ECPI.¹⁷

Siempre en el marco de las ECCC, podemos mencionar la “*Law on the Establishment of the Extraordinary Chambers, with inclusion of amendments as promulgated on 27 October 2004*”. En efecto, el nuevo artículo 20, párrafo 1,¹⁸ y el nuevo artículo

¹⁵ Se encuentra la misma expresión en *United Nations Mission in Kosovo (UNMIK), Section 3 of UNMIK Regulation n.º 2000/6, each internationally-nominated judge or prosecutor has to take before the Special Representative of the Secretary-General upon appointment: “In carrying out the functions of my office, I shall uphold at all times the highest level of internationally recognized human rights, including those embodied in the principles of the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, and the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its protocols”*. Cf. Lorenzo Gradoni: *Human rights in practice*, en prensa, p. 5.

¹⁶ *Agreement between the United Nations and the Royal Government of Cambodia Concerning the Prosecution under Cambodian Law of Crimes Committed during the Period of Democratic Kampuchea*, firmado el 6 de junio de 2003 y en vigor desde el 29 de abril de 2005.

¹⁷ Para un análisis de las fórmulas utilizadas en otros textos aplicables por las jurisdicciones internacionales, cf. Lorenzo Gradoni: o. cit.

¹⁸ Nuevo artículo 20: “The Co-Prosecutors shall prosecute in accordance with existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their inter-

23, párrafo 1,¹⁹ hablan de “*international standards*”, sin determinar su contenido. De la misma manera, el nuevo artículo 33, párrafo 2, se refiere a “*international standards of justice*”.²⁰

Ahora bien, cabe preguntarse si el contenido de esta expresión tan vaga coincide con el de “*generally recognized*” o si es diferente.

En realidad, el ECPI utiliza ambas en diversos artículos.²¹ Excluyendo a la norma sobre el derecho aplicable, el ECPI habla de normas generalmente reconocidas, por ejemplo, en el artículo 106, párrafo 1, con respecto a la ejecución de la pena y a las condiciones de reclusión.²²

Podemos preguntarnos si la expresión *internacionalmente reconocidos* incluye también a las normas regionales sobre derechos humanos, además de a las universales.²³

Esta formulación, en suma, contiene un *quid pluris* respecto de la fórmula derechos humanos *universalmente* reconocidos. Hablar de derechos humanos *internacionalmente* reconocidos permite recurrir también a fuentes como la Convención Europea o la Convención Americana de Derechos Humanos, así como a la jurisprudencia de las cortes respectivas, que son internacionales pero no universales.

Es interesante volver a mencionar el caso *Lubanga*, en particular una decisión en la que el juez Piki, en su voto disidente, expresa que *internationally recognized human rights* tiene que ser entendida como expresión que lleva a la CPI a recurrir no

pretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Prosecutorial rules established at the international level”.

¹⁹ Nuevo artículo 23: “All investigations shall be the joint responsibility of two investigating judges, one Cambodian and another foreign, hereinafter referred to as Co-Investigating Judges, and shall follow existing procedures in force. If these existing procedures do not deal with a particular matter, or if there is uncertainty regarding their interpretation or application or if there is a question regarding their consistency with international standards, the Co-Investigating Judges may seek guidance in procedural rules established at the international level”.

²⁰ Nuevo Artículo 33: “The Extraordinary Chambers of the trial court shall exercise their jurisdiction in accordance with international standards of justice, fairness and due process of law, as set out in Articles 14 and 15 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights”. Cabe señalar también la regla 21 de las Internal Rules (as revised on 17 September 2010). Además, la Sala Preliminar de las ECCC, en la “Fully reasoned Decision on Ieng Thirith’s Appeal against the Coinvestigating Judges’ Order rejecting Request for Stay of Proceedings (D264/2)”, del 10 de agosto de 2010, usa los *international standards* para extender más allá de la letra de las Internal Rules la competencia habilitada por la apelación, concerniente a la legalidad de la detención. Véanse especialmente los párrafos 13 y 14.

²¹ El artículo 69, § 7, dispone: “No serán admisibles las pruebas obtenidas como resultado de una violación del presente Estatuto o de las normas de derechos humanos internacionalmente reconocidas cuando [...]”

²² “La ejecución de una pena privativa de libertad estará sujeta a la supervisión de la Corte y se ajustará a las normas generalmente aceptadas de las convenciones internacionales sobre el tratamiento de los reclusos”.

²³ Algunos autores subrayan la naturaleza confusa de esta fórmula. Cf. Paul Akande: o. cit.

solo a la costumbre, sino también a instrumentos universales y regionales.²⁴ Afirma ese juez:

16. Article 21 (3) of the Statute ordains the application and interpretation of every provision of the Statute in a manner consistent with internationally recognized human rights. Internationally recognized human rights in this area, as may be distilled from the Universal Declaration of Human Rights and international and regional treaties and conventions on human rights [...].

De manera similar, en la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares III en el caso *Bemba*,²⁵ se establece:

13. The principle of fairness of proceedings is a fundamental element in criminal proceedings, including its pre-trial phase, and it is mirrored in many provisions of the relevant legal instruments of the Court. As the Appeals Chamber previously held, article like every other article of the Statute must be interpreted and applied in accordance with internationally recognized human rights, as provided for in article 21(3) of the Statute. In this context, the Single Judge refers to the principle of 'fair trial' as enshrined in international legal instruments, such as article 10 of the Universal Declaration of Human Rights, article 14 (1) of the International Covenant on Civil and Political Rights, article 6 (1) of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, article 8 (1) of the American Convention on Human Rights and article 7 (1) of the African Charter on Human and Peoples' Rights.

De este ejemplo se desprende que, aunque sea difícil imaginar una antinomia entre las normas que debe aplicar la CPI y los derechos internacionalmente reconocidos, los jueces nunca podrían elaborar un concepto de juicio justo incompatible con lo que dicen otras jurisdicciones sobre derechos humanos.

Por lo tanto, la expresión *internacionalmente reconocidos* agrega algo diferente, lo que parece confirmado por el hecho de que cuando el legislador quiso realmente referirse a un orden jurídico universal, así lo hizo. Al respecto, cabe señalar el artículo 7, párrafo 1, letra *b*, donde se prevé el crimen de persecución como crimen contra la humanidad, y especialmente el criterio establecido en esa norma para determinar

²⁴ *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, "Judgment on the Appeal of Mr. Lubanga Dyilo against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled 'Décision sur la demande de mise en liberté provisoire de Thomas Lubanga Dyilo'", Separate Opinion of Judge Georgios M. Pikis, Case 01/04-01/06 (OA 7), 13 de febrero de 2007, § 16. El juez, mediante el artículo 21.3, recurre a varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos: Declaración Universal (artículo 9), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 9), Convención para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (artículo 5), y tratados regionales como la Carta Africana (artículo 6) o la Convención Interamericana (artículo 7).

²⁵ Cf. *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, ICC-01/05-01/08-75, "Decision on the Prosecutor's application for leave to appeal Pre-Trial Chamber III's decision on disclosure (25 August 2008)", (ICC, Pre-T.Ch. III, Kaul J.).

los grupos que pueden ser víctimas de este crimen: “[...] otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables”.²⁶

En cambio, el artículo 21, párrafo 3, al hablar de *internationally recognized*, sugiere que los redactores del ECPI quisieron referirse a una categoría diferente, más amplia, internacional.

Cabe mencionar que la CPI pone en evidencia la especificidad de la jurisprudencia regional, la cual, como hemos dicho, a veces es citada para identificar y definir los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

Por ejemplo, en una decisión en el caso *Prosecutor contra Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda)*, del 16 de septiembre de 2009,²⁷ la Cámara de Apelaciones afirmó:

66. [...] Furthermore, and contrary to the contention of Counsel for the Defence, internationally recognised human rights standards do not necessarily extend all the rights enshrined in article 67 of the Statute to persons who have not yet been surrendered to the Court or appeared voluntarily before it. The decisions of the Inter-American Court of Human Rights and of the European Court of Human Rights on which Counsel for the Defence relies are related to procedural contexts different from the instant case.

Tras asumir que el artículo 21, párrafo 3, funciona como una norma *casi constitucional* en el sistema del ECPI²⁸ y que permite introducir en él normas y principios derivados de fuentes externas, la doctrina²⁹ ha puesto en evidencia que la CPI no ha elaborado todavía cómo seleccionar esas fuentes y cómo aplicar las reglas derivadas de ellas.³⁰

En cambio, lo que se advierte —y se critica— en muchas decisiones de la CPI es una aproximación que Sheppard define como *shotgun approach*. Con esta expresión el autor quiere referirse a un mecanismo interpretativo adoptado (por ejemplo, por el

²⁶ Cf. artículo 7, § 1, letra h: “Crímenes de lesa humanidad 1. A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: [...] h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte”.

²⁷ *The Prosecutor v. Kony, Otti, Odhiambo and Ongwen (Situation in Uganda)*, Judgment on the Appeal of the Defence against the “Decision on the Admissibility of the Case under Article 19(1) of the Statute” of 10 March 2009, Case ICC-02/04-01/05 OA 3, Appeal Chamber, 16 de setiembre de 2009, § 66.

²⁸ Sheppard: o. cit., p. 46.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 44.

juez Kaul sobre la interpretación de *fairness*) en aras de calificar un concepto o principio como derecho humano internacionalmente reconocido. Consiste en citar muchas fuentes diferentes que prevén el mismo concepto o principio, pero sin detenerse en analizar el valor jurídico de los instrumentos que se citan (si son vinculantes o solo declaran principios) ni por qué deberían tener relevancia instrumentos regionales aplicables en continentes diferentes al del caso que se juzga (ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos en el continente africano).

Se deduce que estos instrumentos internacionales, tan diferentes entre sí y con un alcance aplicativo distinto, son utilizados como indicador de la existencia de una costumbre internacional al respecto (es decir, que de acuerdo con la costumbre internacional, ese principio es un derecho humano internacionalmente reconocido).³¹

3 • El artículo 21, párrafo 3, como norma de guía para la actividad de la Corte

Antes de analizar decisiones que hacen referencia al párrafo 3 del artículo 21, parece oportuno intentar aclarar cuáles son la naturaleza y las funciones de esta norma.

En efecto, mientras que el párrafo 1 (letras *a*, *b* y *c*) del artículo 21 señala las fuentes aplicables, el párrafo 3 no contiene una fuente suplementaria. Esta norma, en otras palabras, no es una fuente de derecho, en el sentido de que no puede reconocer nuevos derechos a las víctimas o a los imputados más allá de lo que ya prevé el ECPI. Por decirlo de algún modo, no es una letra *d* del párrafo 1, sino que guía a los jueces en la interpretación y aplicación de las otras fuentes del derecho.

Además, si la CPI aplicara de manera correcta los párrafos 1 y 2 del artículo 21 (que exigen también una carga argumentativa más compleja para los jueces), el párrafo 3 sería muy poco utilizado. Como hemos dicho, no se trata de una fuente, sino de una disposición que puede introducir normas (parámetros) en el sistema de la CPI, a fin de comprobar la compatibilidad de la actividad de esta Corte con los derechos humanos internacionalmente reconocidos (*test de compatibilidad*).³²

³¹ *Ibidem*, p. 7.

³² La dificultad se debe a que el ECPI va más allá de la flexibilidad inherente al *human rights law*, al introducir un test de reconocimiento internacional, pero sin aclarar los criterios para superar este test. *Ibidem*, p. 47.

En efecto, se trata de una disposición que marca un límite interno a los jueces, con el objetivo de garantizar el respeto de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y el fin antidiscriminatorio. Entre todas las interpretaciones posibles, los jueces tienen que elegir la que sea compatible con esos estándares, por lo que quedan excluidas las interpretaciones y aplicaciones que sean abstractamente admisibles de acuerdo con las disposiciones estatutarias —o las reglas de procedimiento y prueba—, pero no según el párrafo 3.

En cambio, si se interpreta esta norma como disposición que indica una fuente ulterior, se anula su diferencia con los párrafos 1 y 2, ya que estos permiten que los jueces recurran a fuentes diferentes por fuerza y contenido.

Por el contrario, el párrafo 3 solamente exige que el intérprete compruebe que su interpretación y aplicación sea coherente; no requiere aplicar *tout court* otras fuentes sobre derechos humanos internacionalmente reconocidas que puedan crear nuevos derechos. Una interpretación semejante terminaría por convertirse en una enmienda —aunque informal— del artículo 21 del ECPI, y podría ser peligrosa si se tiene en cuenta la tendencia autopoiética y autorreferencial de las jurisdicciones penales internacionales,³³ rasgo general que es confirmado por la actividad de la CPI.

4. El uso del artículo 21, párrafo 3, en la jurisprudencia de la Corte: algunas decisiones paradigmáticas

Después de estas consideraciones preliminares, intentaremos mostrar, a través del análisis de algunas decisiones de la CPI, la utilización del artículo 21, párrafo 3, y los elementos problemáticos que surgen de esta primera jurisprudencia.

Por razones obvias, no podremos abarcar toda la jurisprudencia de la CPI.³⁴ Hemos seleccionado algunas decisiones paradigmáticas, en nuestra opinión,

³³ Véase la contribución de J. De Hemptinne en Mireille Delmas Marty, Emanuela Fronza y Elisabeth Lambert Abdelgawad (dirs.): *Les sources du droit international pénal*, París: Société de Législation Comparée, 2005.

³⁴ No vamos a examinar aquí todas las cuestiones que plantea el artículo 21, § 3. Por ejemplo, quedará fuera la pregunta acerca de si esta norma otorga nuevos poderes a la CPI. A este respecto se habla de *inherents powers* de la CPI. También se dice que poderes que no se pueden desumir del ECPI se pueden recabar del artículo 21, § 3 (en este sentido, Gradoni habla de *effect of power conferring* de esta norma; véase *Human rights in the practice*, cit.).

acerca de aspectos problemáticos que pueden surgir de la dimensión *viviente* de esa disposición.

4.1. ¿Qué fuentes pueden servir para interpretar de modo compatible el derecho aplicable? El recurso a los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas

Es interesante citar una decisión en el caso *Lubanga*,³⁵ en la que la Sala de Primera Instancia I se pronunció sobre la noción de daño (*harm*) y, al referirse al artículo 21, párrafo 3, del ECPI, y por su intermedio a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, amplió la definición de daño relevante para la atribución de la calidad de víctima, a partir de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (*Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law*).

En el voto de la mayoría, el artículo 21, párrafo 3, ha sido utilizado como puerta de entrada para incorporar los Principios Básicos sobre los Derechos de las Víctimas, a fin de adoptar su definición amplia de daño y la consecuente concepción amplia de víctima (párrafos 34-35 y 92).

Cabe poner de manifiesto que, en su voto disidente, el juez Blattman critica esa interpretación de la mayoría. En realidad, el juez no critica el uso del artículo 21, párrafo 3 (lo que, por el contrario, apoya), sino el hecho de que mediante esta norma se recurra a los Principios Básicos (párrafos 4 y siguientes del voto citado). Afirma que los principios 8 y 9 que cita la mayoría no constituyen “una autoridad fuertemente persuasiva o decisiva” que la CPI debería utilizar, debido a que su contenido había sido expresamente discutido y rechazado durante los trabajos preparatorios del ECPI (párrafo 5). Es decir que, para el juez, el recurso a otros instrumentos internacionales que establezcan derechos es admisible, a condición de que no impliquen ir en contra de lo que fue expresamente rechazado a la hora de adoptar el ECPI (párrafo 4).

³⁵ *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, “Decision on victims’ participation”, Trial Chamber I, 18 de enero de 2008. Sobre esta decisión y otra jurisprudencia sobre el tema de protección de las víctimas, cf. Alejandro Kiss y Héctor Olásolo: “El Estatuto de Roma y la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional en materia de participación de las víctimas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 12, 2010, pp. 7 ss.

Asimismo, el juez critica la interpretación de la mayoría porque implica una definición imprecisa de *víctimas* que pone en peligro el derecho del imputado a un juicio justo y de duración razonable.

Por último, recuerda que otras Salas de la CPI han dado interpretaciones diferentes de las nociones de daño y víctima, más restrictivas, y que apartarse de esos precedentes sin ningún respaldo normativo conlleva el riesgo de producir una pluralidad de interpretaciones diferentes que engendren confusión y disparidades entre las víctimas.

El 11 de julio de 2008, la Cámara de Apelaciones³⁶ confirmó parcialmente la decisión de la Sala de Primera Instancia al afirmar que solo puede ser considerado víctima quien haya padecido un daño personal, sin necesidad de que este sea también directo, y que las víctimas que participan en el juicio pueden, en principio, presentar pruebas relacionadas con la culpabilidad o la inocencia de los acusados e impugnar la admisibilidad o la pertinencia de las pruebas. Por otra parte, afirmó que la participación de las víctimas, de acuerdo con la regla 85, está limitada a lo relacionado con los crímenes descritos en los cargos confirmados por la Sala de Cuestiones Preliminares (párrafos 53-65).

4.2. La ausencia de decisiones como criterio interpretativo para el test de compatibilidad

En la decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares I,³⁷ firmada por la jueza Sylvia Steiner, se analizan los derechos de las víctimas a presentar pruebas y a refutar la prueba presentada por la Fiscalía y la Defensa. Esta decisión nos parece interesante para observar de qué manera se puede recurrir a la jurisprudencia de los organismos regionales, mediante el artículo 21, párrafo 3, como modalidad de interpretación de las normas aplicables.³⁸

³⁶ CPI, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, sentencia de 11 de julio de 2008, acerca de las apelaciones del fiscal y el defensor contra la decisión de la Sala de Primera Instancia I, de 18 de enero de 2008, sobre la participación de las víctimas.

³⁷ ICC-01-04-01/07, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, 13 may 2008. Sobre la jurisprudencia acerca de las víctimas y también sobre la incoherencia de esa jurisprudencia, véase Kiss y Olásolo: o. cit., pp. 7-9.

³⁸ Cabe señalar que, a menudo, la CPI cita la jurisprudencia de los organismos regionales. Por ejemplo, parece muy importante recordar que justamente esta jurisprudencia ha sido utilizada por los jueces para afirmar nuevos derechos de las víctimas, como el derecho a la verdad y a la justicia. Para fundamentar la existencia de este derecho que define como "bien establecido", la CPI cita no solamente las normas de los Convenios de Ginebra, sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Cf. CPI: *Situation in The Democratic Republic Of The Congo in the Case of The Prosecutor*

La jueza cita los sistemas nacionales que reconocen tales derechos (Francia, Alemania, España y Brasil), y al mismo tiempo recurre a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité de Derechos Humanos, para establecer que esos derechos son compatibles con los estándares internacionalmente reconocidos sobre los derechos de defensa y a un juicio imparcial. Llega a esta conclusión a raíz de dos argumentos: en primer lugar, la *ausencia* de decisiones de esos órganos que declaren que el reconocimiento de tales derechos de participación infringe los derechos del acusado, o que la previsión de derechos de persecución no acompañados por poderes de investigación infringe esos derechos; en segundo lugar, la existencia de sentencias de tales órganos que, en cambio, reconocen que el derecho de la víctima de participar en la fase de investigaciones preliminares ha sido especialmente útil para la lucha contra la impunidad, y por ende constituye un mecanismo efectivo para cumplir con las obligaciones internacionales de persecución y castigo que recaen sobre todo Estado.

Por lo tanto, de acuerdo con los estándares de derechos humanos, la participación de las víctimas no es ilegítima. La CPI interpreta el artículo 68, párrafo 3, del ECPI, de acuerdo con jurisprudencia sobre estándares internacionales. El problema es que la jueza Steiner interpreta esta norma valiéndose de la falta de jurisprudencia sobre el punto específico. De esta manera, la conformidad de esos derechos de participación con los derechos humanos internacionalmente reconocidos es derivada de una argumentación que podemos definir como indirecta. La sentencia, en efecto, llega a inferir un principio de la ausencia de fallos de las cortes regionales, y de esta ausencia deriva, mediante un

*v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the Set of Procedural Rights Attached to Procedural Status of Victim at the Pre-Trial Stage of the Case, Pre-Trial Chamber I, ICC-01/04-01/07, 13 May 2008, § 32, nota 39. En esta misma decisión (§ 39 y nota 42), se cita jurisprudencia regional para fundamentar el derecho a la justicia, y se subraya la existencia abundante de sentencias de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo. Sobre el derecho a la verdad véase también ICC 01/0401/06, *The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Situation in Democratic Republic of the Congo*, Observations from the Legal Representatives of the Victims in response to the documents filed by the Prosecution and the Defence in support of their appeals against the Decision of Trial Chamber I of 14 July 2009, Chamber of Appeals, 23 de octubre de 2009. La fuerza de la jurisprudencia del Tribunal Europeo también es puesta de manifiesto por las Cámaras especiales para Camboya; véanse *Co-Prosecutors v. Nuon*, Decision on Appeal against Order on Extension of Provisional Detention of Nuon Chea, Case File n.º 002/19-09-2007-ECCC/OCIJ (PTC13), Pre-Trial Chamber, 4 de mayo de 2009, § 47, y la sentencia en el caso *Duch*: Trial Chamber, *Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav ("Duch")*, Judgement, Case File/Dossier 001/18-07-2007/ECCC/TC, 26 de julio de 2010, § 498, en lo que concierne a la definición de crímenes contra la humanidad y el derecho de defensa (§ 498). La CPI utiliza la jurisprudencia regional respecto del derecho sustantivo, pero sobre todo en relación con el derecho procesal. No siempre el uso de la jurisprudencia regional es riguroso. Por ejemplo, respecto de los estándares de prueba, la CPI cita muchas decisiones de las Cortes regionales que parecieran apoyar un mismo estándar, pero si se analiza más profundamente esta jurisprudencia se descubre que realmente no se está refiriendo a los mismos estándares.*

razonamiento que no nos parece correcto, la compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

4.3. El artículo 21, párrafo 3, del Estatuto: ¿de norma limitadora a norma peligrosa?

Otra decisión que nos permite reflexionar sobre la formulación y la posible utilización del artículo 21, párrafo 3, es la adoptada por la Sala de Cuestiones Preliminares III, en la persona del juez Hans-Peter Kaul.³⁹

Sin que podamos detenernos aquí a analizar la decisión en su conjunto, queremos solamente poner de manifiesto un aspecto que adquiere relevancia particular para nuestra reflexión. Específicamente, el juez Kaul admite que una persona fallecida puede ser víctima ante la CPI en ciertas condiciones: primero, si era una persona natural al momento del delito (artículo 85 de las Reglas de Procedimiento y Prueba); segundo, si su muerte fue provocada por un crimen de competencia de la CPI; por último, si su heredero ha efectuado una presentación escrita en nombre del fallecido (párrafos 39-52).

Además, el juez Kaul establece que los derechos de la víctima fallecida (de participación en el procedimiento) pueden ser ejercidos por su heredero. El caso sería asimilable al de la acción interpuesta en nombre de la víctima cuando esta sea un menor o un discapacitado, o bien brinde su consentimiento, según la regla 89.3 de las *Rules*, pero no encuentra respaldo normativo en esa disposición, sino en el artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Ello significa que tal participación tiene que ser admitida de manera compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos y (tal como literalmente surge de la decisión) con la jurisprudencia correspondiente. Según el juez, de acuerdo con estas fuentes resulta “evidente” (*self-evident*) que la víctima no deja de ser tal a causa de su fallecimiento (§ 40).

En este caso, el párrafo 3 del artículo 21 es utilizado por el juez para introducir como argumentos jurídicos algunas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el derecho de las víctimas a la reparación. De acuerdo con estas sentencias (*Aloboetoe et al. contra Surinam* y *Garrido y Baigorria contra Argentina*), el derecho a la reparación, en caso de muerte de la víctima directa, se transmite a sus herederos, y se une al derecho a la reparación del que gozan estos por derecho propio, ante los daños padecidos por la muerte de su ser querido. El juez reconoce que las sentencias citadas se ocupan del derecho a la reparación, pero opina que sus conclusiones pueden

³⁹ ICC-01/05-01/08-320, PTC III, “Fourth Decision on Victims’ Participation”, 12 de diciembre de 2008.

ser extendidas a los derechos de participación, que son instrumentales, *inter alia*, para la obtención de una reparación.

El juez llega a la conclusión de que la persona fallecida es víctima ante la CPI y que sus derechos de participación pueden ser ejercidos por su heredero, siempre y cuando este sea a su vez una víctima que goza de derechos de participación.

Si bien nuestro análisis está centrado en el artículo 21, párrafo 3, aquí utilizado como norma interpretativa para admitir la participación de víctimas fallecidas y afirmar su compatibilidad con los estándares de derechos humanos internacionalmente reconocidos, podemos decir que, en principio, esta condición del heredero existe siempre, porque la muerte de un ser querido le provoca de por sí un daño.⁴⁰ Ahora bien, ¿qué es lo que gana el juez al reconocerle al fallecido el estatus de víctima? ¿No es suficiente reconocérselo a su heredero por derecho propio (a causa del daño provocado por la muerte de un ser querido) y por ende otorgarle directamente a él los derechos de participación?

Más allá de estas consideraciones sobre el concepto de víctima, la decisión nos parece ilustrativa de cómo el artículo 21, párrafo 3, puede ser utilizado para ampliar conceptos o derechos del ECPI, y de esta manera demuestra también su lado oscuro, sus potencialidades peligrosas, si se tiene en cuenta, además, que muchos de esos conceptos están formulados de manera tan amplia que permiten el ingreso de otros principios o derechos.

La manera de actuar de los jueces demuestra los riesgos implícitos en llenar silencios (o lagunas) del ECPI, a costa de subvertir los derechos protegidos y afirmados en él. Ninguna importación es sin costos para la estructura del sistema de la CPI. De hecho, mientras que el artículo 21, párrafo 3, en las intenciones de los redactores tenía la finalidad de limitar a la CPI, si es utilizado como en esta decisión puede, a la inversa, convertirse en un vehículo para ampliar e introducir nuevos derechos (en este caso a favor de las víctimas).

4.4. El artículo 21, párrafo 3, como norma que no permite crear nuevos derechos

En esta decisión sobre el derecho de las víctimas a participar en la investigación de los crímenes en sus lugares de comisión y a impulsar las actuaciones

⁴⁰ Tal vez sea por ello que el juez establece ciertas condiciones de carácter formal (véanse § 48-51): 1) el heredero debe dejar claro si actúa por su cuenta o en nombre del fallecido; 2) debe brindar suficiente información acerca de la identidad propia y del fallecido y de la relación entre ellos; 3) debe efectuar una presentación por escrito a ese respecto. Sobre este aspecto específico, véase Kiss-Olásolo: o. cit., pp. 5-7.

que deriven de esa investigación, la CPI analiza un aspecto relevante para nuestra reflexión, a partir de una laguna del derecho detectada por el fiscal: el ECPI no prevé expresamente un mecanismo para examinar las decisiones que rechazan la posibilidad de apelar una resolución (y no solamente una sentencia). El fiscal sostiene que para colmar esta laguna hay que aplicar el artículo 21, párrafo 1, letra c, del ECPI, y buscar la existencia de tal regla en los ordenamientos nacionales.

La CPI rechaza su planteamiento porque de los ordenamientos citados no se puede inferir la existencia de un principio unívoco al respecto, sino que, por el contrario, existen sistemas nacionales importantes que no lo prevén. La inexistencia de este mecanismo no infringe los derechos humanos internacionalmente reconocidos, porque no se trata de un derecho humano fundamental (§ 38).

Por lo tanto, la CPI concluye en que no existiría la laguna señalada por el fiscal, ya que el ECPI define exhaustivamente el derecho a apelar las decisiones de primera instancia, lo que es confirmado por los trabajos preparatorios y conforme con la interpretación sistemática de la norma (§ 39).

Ante la inexistencia de la laguna en el caso concreto, el artículo 21, párrafo 1, letra c, no es aplicable al presente caso.

Aunque los jueces no establezcan una regla general, nos parece interesante preguntarnos si esta visión puede extenderse al artículo 21, párrafo 3. Una laguna en el derecho existe cuando cierta cuestión jurídica no tiene una solución en el sistema normativo. Al analizar si el sistema jurídico preveía una solución para la cuestión jurídica de la impugnación contra la decisión que rechaza la posibilidad de apelar, la fiscalía observa al “derecho” como a una noción general (§ 21 de la decisión 168) que se refiere a “*the applicable law in a wide spectrum of judicial action*”. La Sala, en cambio, tiene una aproximación completamente ceñida a la ley (artículo 82 del ECPI) y a su texto, por lo que puede concluir que no había lagunas. Así, la CPI ha sentado una regla acerca de cómo se compone el sistema jurídico para evaluar si hay lagunas. Del mismo modo, es posible afirmar que debe mirarse a la ley y a su texto para determinar el alcance de lo que genuinamente se puede considerar interpretación.

La decisión examinada, por lo tanto, podría ayudar a determinar cómo operaría un límite al rendimiento que pueden tener los derechos humanos reconocidos internacionalmente: ellos solo pueden guiarnos en la interpretación de la ley y del derecho en ese sentido restrictivo. Esta categoría de derechos humanos internacionalmente

reconocidos (aún de difícil reconstrucción) no sirve para crear derechos nuevos, ni para el imputado ni para las víctimas, sino para interpretar los derechos que ya están previstos en el ECPI y las Reglas.

5. Conclusiones

La norma estudiada impone a los jueces, por un lado, una obligación de interpretación y aplicación compatible con los derechos humanos y, por el otro, un estándar más bajo que el previsto en el párrafo 1 del artículo 21, el que exige brindar la prueba de la vigencia de una norma aplicable y no solamente la de su compatibilidad con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El artículo 21, párrafo 3, introduce un estándar diferente y menos elevado, y también es susceptible de ser utilizado como vehículo de desformalización del derecho aplicable.

En realidad, si la CPI actuara de manera rigurosa y respetando lo establecido en el artículo 21, párrafo 1, letras *a*, *b* y *c*, no sería necesario recurrir al párrafo 3 del artículo 21, mucho menos en casos raros. Y en estos casos sería importante, de todas formas, garantizar un respeto riguroso de aquella disposición, debido a que no existe un control externo sobre la actuación de la CPI.⁴¹

Por último, quedan abiertas algunas cuestiones que parece oportuno mencionar.

Primero, podemos preguntarnos si el párrafo 3 podrá servir como norma para otorgar nuevos poderes (implícitos) a la CPI.⁴²

En segundo lugar, nos parece crucial la cuestión, ya mencionada, sobre el perímetro de la expresión muy vaga *derechos humanos internacionalmente reconocidos*. ¿Derechos humanos internacionalmente reconocidos por quién? Existen, como ya hemos visto, varios vehículos de reconocimiento. Lo que se puede esperar es que

⁴¹ Sheppard: o. cit., p. 44.

⁴² Entre otras *decisions* relevantes a este respecto, podemos mencionar *Prosecutor v. Lubanga Dyilo (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court pursuant to Article 19 (2) (a) of the Statute of 3 October 2006, Case ICC-01/04-01/06 (OA4), 14 de diciembre de 2006, § 37. Cf. también *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo Chui (Situation in the Democratic Republic of the Congo)*, Judgment in the Appeal by Mathieu Ngudjolo Chui of 27 March 2008 against the Decision of Pre-Trial Chamber I on the Application of the Appellant for Interim Release, Case ICC-01/04-01/07 OA 4, Appeals Chamber, 9 de junio de 2008, § 15. Analiza este problema mediante el examen de la jurisprudencia de la CPI y de los Tribunales *ad hoc*, Gradoni: o. cit.

la CPI haga un esfuerzo para brindar, mediante su jurisprudencia, los criterios que sirvan de guía a los jueces en esta operación de identificar los límites y el contenido de esos derechos.

Finalmente, aún más importante parece el respeto de la CPI por el espíritu originario y la verdadera función del artículo 21, párrafo 3, del ECPI. Por lo tanto, la CPI se tendrá que esforzar para que las soluciones a las que llegue mediante interpretación y aplicación de las fuentes del artículo 21 no sean contrarias a los estándares internacionales, y que al pronunciar sus decisiones se preocupe por realizar este ejercicio y no, en cambio, por recurrir al artículo 21, párrafo 3, con otras finalidades, como por ejemplo la de convalidar *ex post* una solución adoptada respecto de una cuestión novedosa o muy delicada.

RELACIONES ENTRE EL “DERECHO A LA VERDAD” Y EL PROCESO PENAL. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Pablo Galain Palermo

RESUMEN. Este artículo se ocupa de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos referida al *derecho a la verdad* que tiene la víctima individual y colectiva y su relación con el proceso penal, especialmente cuando se trata de crímenes de lesa humanidad. Se presenta someramente la evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales y se analiza críticamente si estamos frente a un derecho de la víctima de conocer la verdad o frente a una obligación del Estado de investigar y sancionar. El trabajo se concentra en la relación entre el derecho de la víctima a la verdad y el crimen de desaparición forzada, y pretende responder a la cuestión de si el procedimiento penal es el mecanismo adecuado para esclarecer la verdad cuando se trata de la justicia de transición, cuyas exigencias de justicia, verdad y reparación tienen que ser satisfechas considerando aspectos jurídicos y políticos que permitan la mejor reacción a los crímenes contra los derechos humanos y no impidan la elaboración del pasado.

Palabras clave: crímenes de lesa humanidad, Corte Interamericana de Derechos Humanos, desaparición forzada de personas, derecho a la verdad, proceso penal, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel befasst sich mit der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum *Recht auf Wahrheit* von einzelnen und kollektiven Opfern und dessen Verhältnis zum Strafprozess, insbesondere bei Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Die Entwicklung des Rechts auf Wahrheit im interamerikanischen Bereich und in den internationalen Organen wird kurz dargestellt und die Frage, ob wir es mit einem Recht des Opfers, die Wahrheit zu kennen, oder einer Verpflichtung des Staates zur Untersuchung und Bestrafung zu tun haben, einer kritischen Prüfung unterzogen. Die Arbeit konzentriert sich auf das Verhältnis des Opferrechts auf Wahrheit zum Verbrechen des gewaltsamen

Verschwindenlassens und bemüht sich um eine Antwort auf die Frage, ob ein Strafverfahren der angemessene Mechanismus zur Wahrheitsfindung ist, wenn es um die Übergangsjustiz geht, deren Anforderungen an Gerechtigkeit, Wahrheit und Wiedergutmachung unter Berücksichtigung unterschiedlicher rechtlicher und politischer Gesichtspunkte zu erfüllen sind, die eine optimale Reaktion auf die Verbrechen gegen die Menschenrechte ermöglichen und der Aufarbeitung der Vergangenheit nicht im Weg stehen.

Schlagwörter: Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, gewaltsames Verschwindenlassen von Personen, Recht auf Wahrheit, Strafprozess, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article deals with the case law of the Inter-American Court of Human Rights with respect to individual and collective victims' *right to the truth* and its relation to criminal proceedings, particularly in the case of crimes against humanity. It briefly presents the evolution of the right to the truth in the Inter-American sphere and in international organizations and offers a discussion of whether this is in fact the victim's right to know the truth or the State's duty to investigate and punish. The work focuses on the relation between the victim's right to the truth and the crime of forced disappearance, and attempts to establish if a criminal proceeding is the adequate mechanism for shedding light upon the truth in cases of transitional justice. Such processes involve providing justice, truth and reparations while considering the legal and political aspects for a response to crimes against humanity which does not preclude coming to terms with the past.

Keywords: crimes against humanity, Inter-American Court of Human Rights, forced disappearance of persons, right to the truth, criminal procedure, case law.

1 • Introducción

1. Este trabajo analiza en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) el derecho a la verdad de la víctima, en su dimensión individual y colectiva, y su relación con la obligación estatal de perseguir las violaciones graves a los derechos humanos, especialmente en el ámbito de los crímenes de lesa humanidad. Se asume como punto de partida que el “derecho a la verdad” es invocado en el ámbito interamericano por las instituciones protectoras de los derechos humanos, en el contexto de las violaciones manifiestas de los derechos humanos y en las infracciones graves del derecho humanitario.

2. El problema central que este trabajo aborda está relacionado, por un lado, con la falta de autonomía conceptual del derecho a la verdad, que según la Corte IDH se legitima (adquiere su razón de ser) por su vinculación directa con la justicia penal y con la obligación estatal de persecución de los responsables de los crímenes de lesa humanidad,¹ y, por otro lado, se analiza la posibilidad de obtener la verdad a través de un procedimiento penal.

3. Del análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH escogida surge la siguiente hipótesis: *La Corte IDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación.* En concreto, la jurisprudencia constante de la Corte IDH mantiene como una tesis: *Cuando se han cometido graves violaciones de los derechos humanos la verdad es un derecho de la víctima que tiene que ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal.* Este trabajo, sin embargo, somete a verificación la siguiente hipótesis: *La víctima tiene derecho a conocer lo sucedido y a participar del proceso de elaboración de la verdad, que puede ser satisfecho por medios judiciales y/o extrajudiciales, que deben utilizarse de forma complementaria.*

2. Evolución del derecho a la verdad en el ámbito interamericano y en los organismos internacionales

4. El derecho a la verdad estuvo vinculado principalmente al derecho internacional humanitario como un derecho de la víctima directa.² La práctica sistemática y masiva de las desapariciones forzadas en la década de 1970 hizo que el concepto del derecho

¹ La jurisprudencia de derechos humanos no relaciona, en principio, al *derecho a la verdad* con el derecho de la víctima a saber y/o a participar en el proceso de “búsqueda” o “elaboración” de la verdad, ni con la reparación ni con el derecho colectivo a la pacificación social (reconciliación) y democratización del sistema, sino que considera a este derecho como una especie de efecto derivado del deber estatal de persecución y/o castigo de los responsables de violaciones a los derechos humanos. Así se hace depender el derecho a la verdad de la justicia penal (se lo liga expresamente con el castigo de los responsables), de modo que la reparación de las víctimas (y la pacificación social) serían un efecto derivado de la justicia penal.

² Véase Proyecto ProFis: *Manual de procedimiento para la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: GTZ, 2.ª edición, 2011, capítulo 1.

a la verdad fuera objeto de mayor atención de los órganos internacionales³ y regionales de derechos humanos,⁴ ampliando el concepto de víctima a toda la colectividad.⁵ El derecho a la verdad luego se amplió a otras violaciones graves de los derechos humanos, como las ejecuciones extrajudiciales, los homicidios políticos y la tortura.⁶ En realidad, en el ámbito internacional no hay unanimidad de criterios, porque en varios instrumentos internacionales no se hace referencia explícita al derecho a la verdad, pero se lo relaciona de alguna forma con el derecho de los interesados a tener acceso a los resultados de una investigación y/o a disponer de recursos judiciales rápidos y efectivos.⁷ El desconocimiento de la verdad mantiene estrecha relación con la imposibilidad de interponer el derecho de hábeas corpus, esto es, se relaciona con el derecho de acceso a la justicia. El derecho de la víctima guarda relación con conocer la verdad y, en el ámbito de América Latina, tiene estrecha relación con los procesos de transición, como lo ha constatado la Corte IDH a partir del caso *Barrios Altos contra Perú*, como se verá más adelante.

5. La CADH no contiene ninguna disposición que refiera expresamente a los derechos de la víctima a la verdad o a la justicia, sino que únicamente contiene una disposición sobre el derecho a la reparación (artículo 63.1). No obstante esta falta de

³ En los organismos internacionales se acepta sin embates un "derecho a la verdad" de la víctima relacionado con determinadas obligaciones estatales. *El derecho a la verdad*, informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/12/19); AG/RES. 2175 (XXXVI-O/06, aprobado en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

⁴ La Comisión de Derechos Humanos (1997) redactó un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II), que han servido de base a la Corte IDH para relacionar el derecho a la verdad con algunas obligaciones estatales de garantía derivadas de los derechos contemplados en la CADH. Véase el caso *Blake contra Guatemala*, sentencia de fondo del 24.1.1998, serie C, n.º 36, § 97 ss. Allí se presenta una relación intrínseca del derecho a la verdad con otros derechos contemplados en la CADH, como el derecho de la víctima a las garantías judiciales (artículo 8), que abarca un derecho de los familiares de la víctima a la investigación de la desaparición forzada.

⁵ La OEA ha reconocido expresamente el derecho a la verdad en relación con el crimen de desaparición forzada de personas. OEA Permanent Council, Resolution OES/serieG CP/CAJP-2278/05/rev.4, 23.5.2005. En el ámbito de la OEA informes de la Com IDH sobre la situación de los derechos humanos en ciertos países de la región relacionan el "derecho a la verdad" con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas y con el padecimiento constante de las víctimas mientras la verdad permanezca oculta. En ese contexto el conocimiento de la "verdad" pretende acabar con el sufrimiento y las penurias de los familiares y de cualquier persona con interés legítimo, por la incertidumbre en que se encuentran y por la imposibilidad en que se hayan de proporcionarles a las víctimas asistencia legal, moral y material (AG/Resolución 2175 (XXXVI-O/06, aprobada en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 6 de junio de 2006).

⁶ Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, E/CN.4/2006/91, 9.1.2006, *Promoción y protección de los derechos humanos*, estudio sobre el derecho a la verdad. Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

⁷ *Ibidem*. También, *Declaration on the protection of all persons from enforced disappearance*, resolución de la Asamblea General 47/133, 18.12.1992 (artículos 13.4 y 9.1); *Principles on the effective prevention and investigation of extralegal, arbitrary and summary executions, recommended by economic and social council*, resolución 1989/65, 24.5.1989 (principio 16).

positivización, la jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado a los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como los estándares en los que se basan los derechos de las víctimas. Según la Corte IDH, desde el caso *Velázquez Rodríguez*, la verdad se construye a partir de la obligación estatal de respetar los derechos de los ciudadanos (artículo 1.1 CADH), las garantías judiciales (artículo 8 CADH) y la protección judicial (artículo 25 CADH).⁸

3. Derecho a la verdad y obligación estatal de investigar (¿lucha contra la impunidad?)

6. El derecho a conocer la verdad se origina en el derecho internacional humanitario (DIH), como un derecho individual de los familiares de saber o conocer el destino de la víctima en casos de conflictos armados.⁹ El contenido del derecho que asiste a la víctima se relaciona con “conocer la verdad sobre esas violaciones de la manera más completa posible”.¹⁰ Hoy en día se reconoce a las víctimas, individual y colectivamente, un derecho a conocer la realidad de los hechos acontecidos.¹¹ Este derecho se entiende que consta de una arista individual y otra colectiva, que convierte a este derecho en inalienable, permanente y autónomo, un derecho que se emparenta con la obligación del Estado de investigar los hechos criminales contra los derechos humanos.¹² La falta de investigación y castigo de los culpables a causa de leyes de amnistía, caducidad o perdón (aunque también la prescripción de los delitos) ha sido uno de los impedimentos más comunes y motivo de reproche de la Corte IDH.¹³

⁸ Véase Manuel Quincho: *Los estándares de la Corte Interamericana y la Ley de Justicia y Paz*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2009, p. 51.

⁹ Véase el artículo 32 Protocolo Adicional I, de 1977, de la Convención de Ginebra de 1949.

¹⁰ E/CN.4/2005/102/Add.1. El derecho a la verdad se concentra en un derecho a conocer lo sucedido y a tener acceso a la información.

¹¹ Véase Catalina Botero y Esteban Restrepo: “Estándares internacionales y proceso de paz en Colombia”, en Rettberg (comp.): *Entre el perdón y el perdón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, p. 40.

¹² Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, sentencia del 12.8.2008, § 38. Véase el artículo 24.2 CIPTPDF; <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/disappearance-convention.htm>>.

¹³ Véase Javier Dondé: “El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer y Universidad de Göttingen, 2010, pp. 264 ss.; Juan Méndez: “Derecho a la verdad frente a las graves

7. Cuando se analizan las sentencias de la Corte IDH hay que tener en cuenta que ella ha desarrollado una serie de principios propios, que en principio rigen y deben ser interpretados en el contexto de la responsabilidad internacional de los Estados y no de la responsabilidad penal de los individuos.¹⁴ Los Estados americanos desde el momento en que aprueban la CADH adquieren obligaciones en relación con la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos. Con la ratificación de la CADH los Estados se constituyen en garantes de los derechos humanos (*deber de garante*).¹⁵ Para no violar ese deber de garantía el Estado no puede cometer (*acción*) ni tolerar (*omisión*) lesiones a los derechos humanos, así como tampoco puede proteger a los autores materiales (*encubrimiento*). Cuando se han violado los derechos humanos en su jurisdicción, su deber de garantía incluye la investigación y el castigo de los crímenes contra los derechos humanos y la reparación integral de las víctimas (artículo 1.1 CADH).¹⁶ Y esa es una obligación, dice la Corte IDH, que tiene que ser cumplida por las autoridades públicas; esto es, se trata de una obligación que no depende de la iniciativa privada de la víctima.¹⁷ La Corte IDH entiende que la obligación estatal tiene como contrapartida la existencia de idénticos derechos de la víctima y los identifican como: a) impartir justicia, b) investigar, c) encontrar la verdad y d) reparar.

8. En ese contexto amplio de deberes de garantía del Estado y de derechos de la víctima, la Corte IDH puede determinar que no solo la falta de investigación sino también la dilación indebida durante el procedimiento penal favorece la impunidad y atenta contra el fin preventivo de no repetición. Dentro del amplio concepto de dilaciones indebidas la Corte IDH también incluye el “ocultamiento de la verdad” por medio de la destrucción de pruebas o por el silencio público frente a un requerimiento específico de las víctimas.¹⁸ De esta forma, los caminos del derecho (¿o deber?) de “conocer la verdad”

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, pp. 522 ss.

¹⁴ Véase voto razonado de Antônio A. Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, sentencia del 26.9.2006, §. 26 ss.

¹⁵ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 141.

¹⁶ Véase el caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29.7.1998, § 166. Este derecho a la reparación luego es relativizado: “La Corte ha sostenido que, para cumplir con esta obligación de garantizar derechos, los Estados deben no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, como las alegadas en el presente caso, y procurar además, si es posible, el restablecimiento del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos”. Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 142 (cursivas añadidas).

¹⁷ Caso *Albán Cornejo contra Ecuador*, sentencia del 22.11.2007, § 62.

¹⁸ Véase Corte IDH, opinión consultiva n.º 5, “La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la CADH)”, p. 30; caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, sentencia del 19.11.2006, § 88 ss. Véase, en la jurisdicción colombiana, Corte Constitucional de Colombia: “Acción de tutela instaurada por Javier Giraldo Moreno en contra

se entrecruzan con la impunidad y la mala praxis procesal penal (con fines de encubrimiento), así como con el fin preventivo de no repetición, sin que entre ellos existan fronteras claras en relación con los derechos de las víctimas y con las obligaciones del Estado.

9. De las sentencias de la Corte IDH es posible deducir una relación entre el conocimiento de la verdad, como un derecho de la víctima, y la lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal, como una obligación estatal.¹⁹ Inclusive la Corte IDH afirma que la no investigación de los hechos es una prueba en contra del Estado omiso que sirve para imputar responsabilidad internacional.²⁰ Para no incumplir con esta obligación el Estado tiene que brindar todos los detalles sobre lo ocurrido y no se exonera de responsabilidad con la sola mención del lugar en que se hallan los restos de las víctimas.²¹ Es decir, según la Corte IDH el mero conocimiento de lo sucedido con la víctima (verdad) no es suficiente cuando se trata de lesiones contra la vida.²² Y esta relación entre el derecho a la verdad y la persecución penal cuando están en juego los bienes jurídicos de mayor relevancia está respaldada por la evolución que evidencia la protección internacional de los derechos humanos, la cual ha llevado a la consideración de los crímenes de lesa humanidad como imprescriptibles, crímenes que pueden ser perseguidos y castigados en cualquier momento y sin límite temporal.²³ La comunidad internacional impone el “castigo absoluto” de los responsables de los crímenes internacionales competencia de la CPI (artículo 29 ER), tal como se explicita en el Preámbulo del ER. Véase que la reactivación que está viviendo el interés internacional por la defensa de los derechos humanos y el castigo de los responsables tras el final de la Guerra Fría también guarda relación con las masacres cometidas en determinadas regiones (verbigracia, la antigua Yugoslavia, Ruanda, la República de Congo, etcétera; en América Latina: Colombia, Perú, Guatemala, etcétera), especialmente por funcionarios públicos (de derecho o de hecho),²⁴ que no pueden ser amparados por las instituciones

del Ministerio de Defensa Nacional, sentencia T-1025/07 de 03.12.2007”, en *Diálogo Jurisprudencial*, n.º 5, México, julio-diciembre 2008, pp. 3 ss.

¹⁹ Véase el caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 6.12.2001, § 69; caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11.2006, § 224.

²⁰ *Ibidem*, § 42.

²¹ Caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*. reparaciones (artículo 63.1 CADH), sentencia del 27.2.2002, serie C, n.º 92, § 109; caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, reparaciones (artículo 63.1 CADH), sentencia del 22.2.2002, serie C, n.º 91, § 75; caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia*, § 57 ss.

²² Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25.11.2000, serie C, n.º 70, § 191, 194 y 200; caso *Durand y Ugarte contra Perú*, sentencia del 16.8.2000, serie C, n.º 68, § 122 y 130, y caso *Villagrán Morales y otros (Niños de la calle) contra Guatemala*, sentencia del 19.11.1999, serie C, n.º 63, §. 228-230, 233 y 237.

²³ Cf. CIGCLH, Asamblea General, resolución 2391 (XXIII), de 26.11.1968.

²⁴ Caso *Masacre Pueblo Bello*, cit., § 96, 109 ss.

del Estado.²⁵ Estas masacres han sido también un punto de inflexión en la consideración de la Corte IDH con relación a las víctimas y sus derechos, cada vez más consideradas desde un aspecto colectivo.²⁶ Ellas permitieron consolidar estándares en las sentencias de la Corte IDH mas allá del crimen de desaparición forzada de personas, como se puede apreciar a partir del caso *Myrna Chang*. Es evidente la relación entre la naturaleza de los crímenes de lesa humanidad y la visibilidad de un gran número de víctimas, que seguramente han incidido para la consideración de un derecho a conocer lo sucedido, que además de individual²⁷ se lo considera desde un aspecto colectivo, como un derecho de toda la sociedad a conocer la verdad.²⁸ Ahora bien, por más que la Corte IDH quiera contribuir con su jurisprudencia a una política criminal internacional de lucha contra la impunidad en un sentido estrictamente penal, basada en la garantía de no repetición, ella no puede ir más allá de su competencia para juzgar Estados.²⁹ Sin embargo, en muchas ocasiones la Corte IDH recurre a teorías propias del derecho penal, como la teoría del incremento del riesgo utilizada para la imputación objetiva de la responsabilidad individual para condenar al Estado infractor, y acepta formas de prueba mucho más laxas que las que se deben aplicar para la condena penal de los individuos. Estos aspectos tienen que ser tomados en cuenta por los tribunales nacionales al momento de cumplir

²⁵ Caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25.11.2003, serie C, n.º 101, § 153; caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18.9.2003, serie C, n.º 100, § 111, y caso *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7.6.2003, serie C, n.º 99, § 110.

²⁶ Véase por todos el caso *19 comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5.7.2004, § 85; caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, cit.; caso de la *Masacre de Mapiripán*, sentencia del 15.11.2005, serie C, n.º 134.

²⁷ En un principio el derecho a la verdad se limitó a las víctimas y los parientes de víctimas de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, secuestro de menores o torturas, en tanto la víctima tiene un derecho saber o conocer qué es lo que sucedió, derivado de su condición de víctima.

²⁸ En la consideración del aspecto colectivo es importante la participación directa o indirecta del Estado en la comisión de las violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, el "terrorismo de Estado" y las masacres contra poblaciones étnicas, rurales y otras víctimas colectivas en contextos de estados de excepción han sido decisivos para convertir el derecho a la verdad en un derecho colectivo. Véase el caso *Masacre Pueblo Bello contra Colombia*, sentencia del 31.1.2006, § 65. El carácter colectivo de este derecho también se desprende de la naturaleza masiva y/o sistemática de las violaciones a los derechos humanos; así como de la naturaleza del bien jurídico protegido, del tipo penal realizado y de la gravedad de la violación. Véase *Commission Resolution 2005/81 (E/CN.4/2005/102/Add.1)*. En el ámbito de los derechos humanos se reconoce este derecho de la víctima a la verdad en su dimensión individual y colectiva, incluso de forma independiente a las acciones judiciales que las víctimas puedan emprender. *Ibidem*.

²⁹ La Corte IDH así lo reconoce. Véase el caso *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15.9.2005, serie C, n.º 133, § 55; caso *Fernín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20.6.2005, serie C, n.º 126, § 61 s; caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia del 30.5.1999, serie C, n.º 52, § 90; caso de la *Panel blanca (Paniagua Morales y otros) contra Guatemala*, sentencia del 8.3.1998, serie C, n.º 37, § 71; caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12.11.1997, serie C, n.º 35, § 37.

con los requisitos establecidos en las sentencias de condena y de reparación promulgadas por la Corte IDH.³⁰

10. Uno de los problemas por resolver guarda relación con determinar si la obligación estatal de “hacer justicia” y luchar contra la impunidad se deriva del “derecho de la víctima a la verdad” o si tiene otro fundamento.³¹ En este trabajo no se cuestiona la obligación estatal de perseguir y castigar los crímenes contra los derechos humanos; ello incluso es necesario para la resolución del conflicto cuando el Estado se ha limitado a llevar a cabo políticas de olvido y de amparo de los responsables (principalmente cuando se trata de funcionarios públicos de derecho o de hecho). El análisis que aquí se realiza se enmarca en el contexto del derecho de la víctima a la verdad, y es en este ámbito que, cuando ella se hace depender o derivar exclusivamente del proceso penal, la cuestión no es ostensible.³² Véase que el “conocimiento de la verdad” es un fin en sí mismo,³³ y en todo caso, el proceso de *(re)construcción pública de la verdad* puede servir como punto de partida de la actividad jurisdiccional.³⁴ Pero el “derecho a la verdad” no se desprende del derecho a la justicia, sino que aquel podría servir de base a este.³⁵ Es decir, el Estado podría dar cabal satisfacción a su obligación de “conocer los hechos acontecidos” y “dar a conocer públicamente los hechos” sin necesidad de recurrir al procedimiento penal y a una pena, y es por ello que parece muy forzado derivar —sin distinción alguna— el derecho de la víctima a la verdad de un derecho de la víctima al castigo del responsable, cuando escoger la vía penal podría convertirse en un escollo para la satisfacción de otros derechos de la víctima, como el derecho a la reparación en un sentido amplio.³⁶ El pro-

³⁰ Lo determinante es, según la Corte IDH, al igual que sucede en la novela de Mary Shelley con el Dr. Frankenstein, que el Estado responderá no solo por la creación del monstruo que realizó los peores atentados contra la población civil, sino por la falta de control sobre él. Caso de la *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, cit., § 126.

³¹ Según la Corte IDH, los esfuerzos para conocer la verdad no son suficientes si no vienen acompañados del castigo de los responsables. Caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11.2006, § 161.

³² “La verdad debe encontrar su realización plena y no es subsidiaria necesariamente de la suerte del proceso penal. Las experiencias de amnistías e indultos en la región de algún modo condujeron a una definición más precisa del derecho a la verdad que ha dejado bien en claro la necesidad de su tutela autónoma”. Leonardo Fillipini y Lisa Magarrell: “Instituciones de la justicia de transición y contexto político”, en Rettberg (comp.): *Entre el perdón y el paredón*, cit., pp. 146 s.

³³ En los principios desarrollados por Louis Loinet, se considera que el derecho a la verdad o el derecho a saber es autónomo e inalienable. Véase ONU, E/CN.4/Sub.2/1993/6, § 101.

³⁴ Véase Hernando Valencia Villa: *Diccionario de derechos humanos*, Madrid: Espasa-Calpe, 2003.

³⁵ La doctrina no soluciona este aspecto y se limita a sostener que la verdad es inseparable de la justicia. Sin embargo, aun cuando el Estado se vea impedido de investigar y castigar a los responsables, “sigue obligado a indagar la verdad allí donde todavía impere el secreto y el ocultamiento, y a revelar esa verdad a los familiares de las víctimas y a la sociedad”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 526.

³⁶ Méndez sostiene que el derecho a la verdad es parte de un derecho más amplio a la justicia que obliga al Estado a llevar a cabo cuatro tareas: “[...] obligación de investigar y dar a conocer los hechos que se pueden

blema es que la Corte IDH, para argumentar en favor de un derecho permanente de la víctima al conocimiento de la verdad, parece desarrollar un principio de castigo absoluto (permanente e imprescriptible) del que dependería el derecho a conocer la verdad.³⁷ En opinión de la Corte IDH, el derecho de la víctima a la verdad tiene que ser satisfecho por medio de procesos judiciales,³⁸ y con estas decisiones no deja margen a otras formas de resolución del conflicto que concentren su atención en el conocimiento de la verdad y la reparación. Téngase en cuenta que este no es el único inconveniente, porque si ese principio de “castigo absoluto” que proviene del derecho penal internacional y que adopta la Corte IDH siguiendo una *jurisprudential cross-fertilization* entre aquel derecho y el derecho internacional de los derechos humanos³⁹ es trasladado al sistema penal nacional, puede ser violatorio de algunos principios y garantías materiales y formales (algunos contenidos en la Constitución) y contradecir las teorías modernas de la pena.⁴⁰ Para evitar estos inconvenientes entre principios del derecho penal internacional y del derecho internacional de protección de los derechos humanos con principios del derecho penal nacional, la “lucha contra la impunidad” como principio general de política criminal tendría que limitarse a crímenes y delitos contra la vida en los que el Estado (sus funcionarios de derecho y de hecho) tuvo algún tipo de participación o responsabilidad. La delimitación entre estos crímenes con participación del Estado y los delitos comunes es relevante para la conceptualización del derecho “a la verdad” de la víctima y la obligación estatal de investigar.

establecer fehacientemente (verdad); obligación de procesar y castigar a los responsables (justicia); obligación de reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados (reparación); y obligación de extirpar de los cuerpos de seguridad a quienes se sepa han cometido, ordenado o tolerado estos abusos (creación de fuerzas de seguridad dignas de un Estado democrático). Estas obligaciones no son alternativas unas a otras, ni son optativas; el Estado responsable debe cumplir cada una de ellas en la medida de sus posibilidades y buena fe”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 526. Lo que este autor no explica es cómo se pueden llevar a cabo todas estas tareas obligatorias cuando la realización de una de ellas podría obstaculizar o impedir la realización de las otras. Ahora bien, al considerarlas obligaciones de medio y no de resultado, deja abierta la puerta de la necesidad de ponderación, que es la propuesta que en este trabajo se defiende.

³⁷ Paradigmático es el caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 183, en el que la Corte IDH sostiene que la prescripción favorece la impunidad, de modo que deberían quedar abiertas indefinidamente las vías para el castigo de los criminales, aunque no se asegure que por medio de la posibilidad infinita de castigar penalmente se pueda llegar a conocer la verdad.

³⁸ Véase el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 150.

³⁹ Véase el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 27.

⁴⁰ Sobre el tema Winfried Hassemer: *Fundamentos del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona: Bosch, 1984, pp. 347 ss.; Pablo Galain Palermo: *La reparación a la víctima del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 312 ss.

4. Derecho a la verdad y crimen de lesa humanidad (desaparición forzada de personas)

11. En el caso *Castillo Páez contra Perú* la Corte IDH se refirió por primera vez a un derecho a la verdad en relación con el crimen de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Estableció en esa sentencia que el Estado tiene la obligación de investigar los hechos con la doble finalidad de encontrar el cuerpo de la persona desaparecida e informar a la familia sobre el destino de la víctima (concepción individual de la víctima). La “concepción colectiva” de la víctima y el derecho a conocer la verdad sobre los hechos acontecidos y sobre la identidad de los responsables fue consecuencia de la sistematicidad con la que las dictaduras y otros estados de excepción realizaron desapariciones forzadas en el continente americano. La Corte IDH relacionó, entonces, de un modo funcional o teleológico el *derecho a la verdad* con el *derecho a la justicia*, interpretada de modo restrictivo como justicia penal, en tanto se exige que la justicia persiga una política criminal de lucha contra la impunidad. En *Velázquez Rodríguez contra Honduras* la Corte IDH sostuvo: “[...] la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados partes están obligados a respetar y garantizar [...]”.⁴¹ La continuidad de la desaparición consiste en una lesión permanente a la *dignidad humana* de la víctima y de sus familiares,⁴² así como el desconocimiento constante de la situación de la víctima es parte del núcleo del injusto penal que permite un ligamen entre desconocimiento de la verdad e injusto penal que permanece en el tiempo, mientras el Estado incumpla con su obligación de investigar (y sancionar) a los responsables.⁴³ De algún modo, en esta práctica delictiva hay una sospecha contra los funcionarios públicos y otros actores que cuentan con la aquiescencia del Estado, que ofrece argumentos a la jurisprudencia de los derechos humanos para sostener, acertadamente, que existe un deber del Estado de poner en conocimiento de la autoridad judicial sobre toda persona detenida en sede

⁴¹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155 ss.

⁴² *Ibidem*, § 165.

⁴³ La Corte IDH ha relacionado la falta de conocimiento de la verdad con los tratos crueles e inhumanos, como si el desconocimiento de la verdad significara la violación de un derecho de las víctimas por omisión del Estado en la investigación y la búsqueda de la verdad. Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22.9.2009, § 113.

policial o militar (o cualquier centro de reclusión clandestino),⁴⁴ pero también, permite extender el concepto de víctima a toda la sociedad, que tiene derecho a saber y controlar el funcionamiento de las instituciones públicas.⁴⁵ Este deber de la autoridad tiene relación con el derecho de las víctimas (directas o individuales e indirectas o colectivas) a conocer la situación de las personas detenidas o privadas de libertad por agentes del Estado⁴⁶ y de alguna forma refuerza la obligación del Estado de investigar a los responsables para satisfacer el derecho a conocer la verdad (y desvincularse de los autores del crimen).⁴⁷ No obstante, los criterios utilizados por la Corte IDH no son claros en cuanto ella ha manifestado que la obligación principal del Estado es la de investigar los hechos acontecidos y subsidiariamente la de castigar a los responsables,⁴⁸ de modo que si no se puede identificar a los autores, de todas formas subsiste el derecho a conocer la verdad.⁴⁹ Esta argumentación no permite deducir una relación absoluta de medio a fin entre el derecho a conocer la verdad y el castigo de los responsables, sino, en todo caso, entre el derecho a la verdad y el derecho al conocimiento público de la investigación sobre la verdad.⁵⁰ El principio de *máxima divulgación* es una condición fundamental del Estado democrático e implica que el Estado tiene la obligación de investigar y divulgar los hechos lesivos de los derechos humanos, obligación que puede ser controlada por los ciudadanos (*control democrático*).⁵¹ Según la Corte IDH no corresponde, sin embargo, una confusión entre el derecho a la verdad con el derecho de acceso a la información pública, que es una forma de contribuir a hacerlo efectivo, pero sí puede recurrirse a él para argumentar que este principio no sugiere que el derecho a conocer la verdad deriva

⁴⁴ Con base en este deber que se exige en el tipo penal uruguayo (artículo 21 de la ley 18026) hemos sostenido en otro trabajo que estamos ante un *delito de infracción de un deber*. Véase Pablo Galain Palermo: "Uruguay", en Kai Ambos (coord.): *Desaparición forzada*, o. cit., pp. 163 s. Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155.

⁴⁵ Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 158. En el caso por la desaparición forzada de Kenneth Anzualdo Castro, llevada a cabo por funcionarios públicos peruanos en 1993, los representantes de las víctimas alegaron, entre otros derechos fundamentales recogidos en la CADH, la violación del derecho a la verdad, fundado normativamente en el artículo 13 CADH, en perjuicio de los familiares de Kenneth Ney Anzualdo Castro y "de la sociedad peruana en su conjunto". Véase el caso *Anzualdo Castro contra Perú*, sentencia del 22.9.2009, § 4. La Corte IDH condenó al Estado peruano por la violación de los derechos consagrados en los artículos 3, 4.1, 5.1, 5.2, 7.1, 7.6, 8.1 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones dispuestas en los artículos 1.1, 2 y I.b y III de la CIDFP.

⁴⁶ Sobre el derecho colectivo a recibir información de las instituciones públicas, véase el caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, cit., § 77.

⁴⁷ Caso *Gelman contra Uruguay*, sentencia del 24.2.2011 (fondo y reparaciones), § 77.

⁴⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 116 (cursivas añadidas).

⁴⁹ Caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 3.11.1997, § 90.

⁵⁰ Caso *Las Palmeras contra Colombia* (reparaciones y costas), sentencia del 26.11.2002, serie C, n.º 96, § 67; caso *Valle Jaramillo y otros contra Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 27.11.2008, serie C, n.º 192, § 233.

⁵¹ Véase caso *Claude Reyes y otros contra Chile*, cit., § 86.

del derecho a la justicia (interpretado como derecho al castigo de los responsables), sino que se trata de un derecho autónomo relacionado con el principio de dignidad humana de la víctima, que tiene que ser contemplado por el Estado en el ejercicio de sus funciones públicas.⁵² Lo que la Corte IDH parece dejar abierto es una posible relación entre la divulgación de la investigación sobre la verdad obtenida por medio de procesos penales e *investigativos*⁵³ (que se supone no son penales; por ejemplo, una comisión parlamentaria, una comisión de la verdad) y un efecto de reparación (aunque la Corte IDH no lo diga expresamente y considere esta divulgación pública de la verdad como una “justa expectativa que el Estado debe satisfacer”).⁵⁴

12. En jurisprudencia constante a partir del caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH ha interpretado la desaparición forzada de personas como una violación del derecho a la libertad personal,⁵⁵ así como del derecho a la integridad física y psíquica,⁵⁶ y también del derecho a la vida.⁵⁷ Esta interpretación parece haber sufrido una variante con el caso de *Bámaca contra Guatemala*,⁵⁸ confirmada en *Anzualdo Castro contra Perú*, en cuanto la Corte IDH agregó un nuevo elemento a dicha jurisprudencia, al afirmar que la figura de la desaparición forzada constituye, también, una violación del derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica de la víctima (artículo 3 CADH).⁵⁹ Últimamente, la Corte IDH ha sostenido:

[...] la desaparición forzada constituye una violación múltiple de varios derechos protegidos por la Convención Americana que coloca a la víctima en un estado de completa indefensión, acarreando otras vulneraciones conexas, siendo particularmente grave cuando forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado. La práctica de desaparición forzada implica un craso abandono de los principios esenciales en que se

⁵² Véase *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 154, 156, 165; caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 113.

⁵³ Caso *Las Palmeras contra Colombia*, cit., § 67 (cursivas añadidas).

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, cit., § 155.

⁵⁶ *Ibidem*, § 156.

⁵⁷ *Ibidem*, § 157.

⁵⁸ Caso *Bámaca contra Guatemala*, cit., § 178 ss.

⁵⁹ Caso *Anzualdo Castro contra Perú*, cit., § 87 a 101. Además la Corte IDH reconoce nuevamente el carácter de norma imperativa de *jus cogens* a la prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad. Véase <http://www.estadodederechocdh.uchile.cl/media/noticias/boletin_3.pdf>. Queda claro que este crimen de lesa humanidad lesiona diversos derechos, entre los cuales puede derivarse un derecho a conocer la verdad, por cuanto el desaparecido, mientras permanezca el estado de ausencia, se ve privado del reconocimiento de su personalidad jurídica, independientemente de que se encuentre vivo o muerto. De la misma opinión, Pablo Galain Palermo: “Uruguay”, o. cit., p. 155, nota 75.

fundamenta el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su prohibición ha alcanzado carácter de *jus cogens*.⁶⁰

13. Según la Corte IDH, el derecho “a la verdad” y el derecho a la justicia (como investigación y castigo) se encuentran estrechamente relacionados y “los esfuerzos para realizar una búsqueda efectiva y una investigación eficiente” se medirán según “la gravedad y la magnitud de los hechos denunciados”.⁶¹ Véase que la magnitud de los hechos tiene relación con los crímenes cometidos, especialmente cuando ellos se realizan contra poblaciones enteras en forma de ejecuciones extrajudiciales múltiples, en particular cuando se trata de etnias o poblaciones rurales.⁶² La Corte IDH entiende que el contexto en el que los crímenes se cometen tiene importancia para considerar la gravedad de las violaciones de los derechos humanos,⁶³ y por ello también debería tenerla para determinar el contenido de la obligación estatal de castigar las violaciones a los derechos humanos. Este contexto es aplicable para los casos de conflictos armados internos o de regímenes en los que no rige el Estado de derecho.⁶⁴ La gravedad de la violación tiene que ser determinante para establecer la relación entre el derecho “a la verdad”, el derecho de acceso a la justicia y la obligación de investigar (y castigar) que tiene el Estado. Las violaciones masivas de derechos humanos en contextos de excepción en los que no rige el Estado de derecho o cuando se produce una suspensión momentánea de las garantías individuales (y el Estado emplea un uso desmedido de la fuerza por medio de sus fuerzas armadas)⁶⁵ y/o cuando se llevan a cabo contra determinadas comunidades (étnicas, campesinas, de zonas marginales o barrios populares) o enemigos políticos (subversivos, sediciosos, terroristas) han sido determinantes para consolidar una concepción colectiva de la víctima y para reafirmar la *ligatio* entre un derecho “a la verdad” y un derecho a la justicia, en el sentido de “justicia penal” y castigo retributivo, en detrimento de un derecho a la justicia más amplio basado en el conocimiento público de la verdad en el sentido de la reparación y reconciliación (pacificación social, justicia restaurativa). El ligamen se torna más fuerte cuando la Corte IDH establece que mediante el procedimiento penal se puede alcanzar el conocimiento de la verdad y, de este modo, se cumple con el fin

⁶⁰ Caso *Gelman contra Uruguay*, cit., § 74 s.

⁶¹ Caso *La Cantuta contra Perú*, cit., § 130.

⁶² Caso *Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia del 15.6.2005, serie C, n.º 124, § 144.

⁶³ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 118.

⁶⁴ Véase por todos *Almonacid Arellano contra Chile*, cit., § 96 ss.

⁶⁵ Como aconteció en el caso *El caracazo contra Venezuela*, sentencia del 11.11.1999, <http://www.CorteIDH.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_58_esp.pdf>.

preventivo de no repetición.⁶⁶ Pero además, la Corte IDH se refiere constantemente a un derecho de la víctima a saber o conocer lo sucedido (qué aconteció) en cuanto a conocer los nombres de los autores de los delitos (quién lo hizo).⁶⁷

14. De todo esto puede concluirse que el “derecho a la verdad”, por un lado, deriva de un derecho individual (dignidad humana) que puede ser independiente del derecho (individual y colectivo) a la justicia, pero, por otro lado, el “derecho a la verdad” está relacionado con la obligación estatal de investigación y eventual persecución penal de los crímenes más graves contra los derechos humanos. Sin embargo, aunque la Corte IDH no lo exprese con claridad, si bien la justicia penal es una de las formas de realización del derecho “a la verdad”, este puede trascender al derecho y a la justicia penal en particular, para ser satisfecho por otros mecanismos.⁶⁸ Estos mecanismos deben de ser considerados complementarios en el proceso de “conocimiento de la verdad”, como de algún modo se puede inferir del caso *Almonacid*.⁶⁹ Además, aunque esto no parezca llamar la atención de la Corte IDH, la doctrina penal no acepta pacíficamente que el proceso penal sea el lugar adecuado para la satisfacción de la verdad como un derecho de la víctima.

5 • La verdad procesal penal

15. La Corte IDH relaciona íntimamente el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad con el proceso penal, entendido en un sentido más próximo al sistema inquisitivo que a uno acusatorio. Según la Corte IDH, el ligamen entre la “verdad” y el procedimiento penal (ya sea basado en normas nacionales o internacionales) puede admitir la participación procesal de la víctima, pero ello no es suficiente para sostener

⁶⁶ Caso *Baldeón García contra Perú*, sentencia del 6.4.2006, § 196.

⁶⁷ Sobre el tema véase Tatiana Rincón: *Verdad, justicia y reparación. La justicia de la justicia transicional*, Bogotá: Universidad del Rosario, 2010, pp. 53 ss.

⁶⁸ En situaciones de graves y masivas violaciones a los derechos humanos el derecho a la verdad puede ser satisfecho de diversas maneras. Por un lado existe la verdad judicial, pero por otro lado está la verdad extrajudicial institucionalizada (“aquella verdad reconstruida en espacios especialmente creados y reconocidos institucionalmente para la reconstrucción histórica de la verdad”) y la verdad social no institucionalizada (“que es la verdad alcanzada a través de todas aquellas estrategias de reconstrucción de la verdad y de preservación de la memoria colectiva llevadas a cabo por instancias no institucionales”). Véase Rodrigo Uprimny y María Saffon: “Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica”, en *Pensamiento Jurídico*, n.º 17, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2006, p. 10. La verdad, según la tesis que sostienen estos autores, solo puede ser alcanzada de la combinación de estos diferentes mecanismos.

⁶⁹ En *Almonacid*, la Corte IDH estableció que una Comisión de la Verdad no libera al Estado de la obligación de investigar penalmente para establecer la verdad. Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, cit., § 150.

que la víctima tiene participación en el “establecimiento de la verdad”, proceso que se deja *in toto* en manos del juez.⁷⁰ La Corte IDH asume sin mayor desarrollo teórico que el proceso penal es la vía para “establecer la verdad”⁷¹ o “determinar la verdad”,⁷² incluso cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, en las que recae sobre el Estado una sospecha de participación en los crímenes y una probable condena por responsabilidad internacional.⁷³ Esta afirmación, sin embargo, que no se pone en duda cuando se trata de un nuevo régimen de gobierno que se encuentra en ejercicio de las funciones de gobierno —esto es, en un contexto de justicia de transición—, no parecer ser de recibo en la doctrina procesal y penal cuando se trata de delitos comunes. Varios son los impedimentos para conocer “la verdad” por medio del procedimiento penal cuando se trata de delitos comunes, de modo que mayores serán los inconvenientes para alcanzarla en casos de crímenes de lesa humanidad, en los que el propio Estado está involucrado.⁷⁴ Epistemológicamente el régimen inquisitivo colocó la “búsqueda de la verdad” como un objetivo central del procedimiento penal. La *verdad empírica* o *jurídica* que se obtiene en el proceso penal es una *verdad histórica limitada normativamente*,⁷⁵ que no puede ser asimilada a la *verdad histórica* o *fáctica*,⁷⁶ aquella que se concentra en la mera sucesión de hechos sin necesidad de determinar ni comprobar una culpabilidad que admita una imputación penal.⁷⁷ Sin embargo, la Corte IDH relaciona la verdad histórica con el derecho colectivo a la verdad y entiende que el proceso penal puede colaborar al conocimiento de esta verdad histórica. De esta forma, el objeto del proceso penal de lograr una

⁷⁰ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 143.

⁷¹ *Ibidem*

⁷² *Ibidem*, § 144.

⁷³ Caso *García Prieto y otros contra El Salvador*, sentencia del 20.11.2007 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 102, cursivas añadidas; también en *Velásquez Rodríguez*, cit., § 181; caso *Zambrano Vélez y otros contra Ecuador*, sentencia del 4.6.2007 (fondo, reparaciones y costas), § 1155, donde utilizó sinónimos de la expresión “instituir la verdad”: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=establecer (16.3.2011).

⁷⁴ Esta es la lógica político-criminal que está incluso contenida en el ER: cuando el propio Estado no interviene penalmente para la investigación de los hechos, se habilita la competencia de la CPI (artículo 17).

⁷⁵ Véase Reiner Paulus: “Prozessuale Wahrheit und Revision”, en Seebode (ed.): *Festschrift für Günter Spindel zum 70. Geburtstag am 11. Juli 1992*, Berlín y Nueva York: Walter de Gruyter, 1992, p. 689.

⁷⁶ Por eso se dice que los historiadores “should never be involved in questions of guilt or innocence”. Véase Tristram Hunt: “Whose truth? Objective truth and a challenge for history”, en *Criminal Law Forum*, n.º 15, Kluwer Academic Publishers, 2004, p. 197.

⁷⁷ El procedimiento penal tiene como objetivo determinar una imputación de culpabilidad o absolver en aquel caso en que los hechos no pueden ser probados. Véase Daniel Pastor, “Ni ‘common law’, ni ‘civil law’ ni ‘hybrid law’: un derecho procesal penal especial para unos tribunales especiales”, en Chirino et al. (comps.): *Humanismo y derecho penal*, San José (Costa Rica): EJC, 2007, p. 400.

verdad normativa que permita imputar o absolver a un individuo se confunde con el conocimiento total de los hechos.⁷⁸ Véase que, aun aceptando un modelo inquisitivo de procedimiento penal, el “examen de verdad” que realiza el juez se limita al objeto presentado por la acusación para el enjuiciamiento,⁷⁹ y este deber de “averiguación de la verdad” no es comparable con aquel objetivo central del sistema inquisitivo (averiguar la verdad material), porque se trata tan solo de averiguar la “verdad del hecho” que le es presentado al juez por iniciativa ajena.⁸⁰ Además, todas las garantías que rodean al indagado y las limitaciones de la prohibición de prueba son límites directos a la “búsqueda de la verdad” en un sentido amplio, factual o histórico.⁸¹

16. El proceso penal de nuestros días no tiene como objetivo la búsqueda de la *verdad material*,⁸² porque la lógica económica o de la negociación se ha instaurado en el proceso penal, cambiando algunos paradigmas en el procedimiento de verificación de la responsabilidad penal.⁸³ En todo caso, hoy tendríamos que referirnos a un concepto de *verdad consensual o negociada*.⁸⁴ Todo en el proceso se ha “privatizado” (el objeto del proceso, la prueba y la condena) y se ha acentuado la función de composición del conflicto entre las partes. Esta nueva función conduce al abandono de la verificación autoritaria de la verdad, que es una función que, si bien sobrevive, tiene que convivir con las demás.⁸⁵ Además, si la búsqueda de la verdad material fuera su único objetivo, no tendría forma de realización por las imposibilidades teóricas, ideológicas y prácticas

⁷⁸ Caso *Masacre de La Rochela contra Colombia*, sentencia del 11.5.2007, § 195.

⁷⁹ El sistema penal se limita a descubrir una “estrecha verdad narrada” al estilo “quién disparó a quien”, que no puede abarcar cuestiones más amplias como: “por qué las cosas han sucedido de esta manera”. Véase Tristram Hunt: o. cit., p. 195.

⁸⁰ Véase Karl-Heinz Gössel: *El proceso penal ante el Estado de Derecho* (trad. de Polaino), Lima: Grijley, 2004, p. 43.

⁸¹ Véase Sergio Moccia: “Verità sostanziale e verità processuale”, en De Giorgi (a cura di): *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Lecce: Pensa, 2002, p. 421. Entre otros: principio de inocencia, derecho de defensa, *nemo tenetur*, exclusión de pruebas obtenidas ilegalmente, derecho a no declarar, etcétera. Véase Patricia Cópola y José Cafferata: *Verdad procesal y decisión judicial*, cit., p. 47; Nicolás Guzmán: *La verdad en el proceso penal*, cit., pp. 118 ss.; Karl-Heinz Gössel: *El proceso penal*, cit., pp. 67 ss.

⁸² “Non vi è dubbio che in tal modo il processo penale va lentamente perdendo la sua funzione cognitiva e finisce per non avere più come obiettivo principale quello della ricostruzione del fatto”. Véase Sergio Moccia: o. cit., p. 425.

⁸³ Véase Massimo Donini: *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima: Ara, 2010, p. 110.

⁸⁴ Véase Pablo Galain Palermo: “La negociación en el proceso penal”, en *Revista de Derecho (Universidad Católica del Uruguay)*, n.º 7, 2005, pp. 159 ss., disponible en <http://www.kas.de/wf/doc/kas_7350-544-1-30.pdf>; Nicolás Rodríguez García: *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Salamanca: Universidad Salamanca, 1997; Sergio Chiarlioni: “La verità presa sul serio”, en Vinciguerra y Dassano (a cura di): *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Milán: ESI, 2010, p. 185.

⁸⁵ Véase Massimo Donini: o. cit., p. 273.

que explica Taruffo.⁸⁶ Sostener que el proceso penal persigue una *verdad histórica* obliga a identificar las funciones del juez con la del historiador,⁸⁷ tema del que se ha ocupado vastamente la doctrina alemana para demostrar las diferencias entre las funciones de uno y otro.⁸⁸ Si bien jueces e historiadores se preocupan por reconstruir hechos del pasado, se trata de una reconstrucción por medio de deducciones del lenguaje o, la mayoría de las veces, de un informe sistemático-cronológico, de una narración de la historia en la que mucho falta y mucho puede ser acallado.⁸⁹ Tanto unos como otros trabajan sobre ideas, hipótesis para explicar cómo habrían ocurrido los hechos, y ambos realizan valoraciones. El resultado de sus investigaciones no puede ser considerado como una *verdad histórica*, sino como un compendio de lo que les ha sido narrado.⁹⁰

17. La verdad surgida del procedimiento penal (*verdad procesal*) no es una *verdad científica* o que pueda ser falseada según un método científico, sino una representación ideal de un supuesto de hecho. La verdad científica requiere de una contrastación constante de las hipótesis de las que parte (falsedad de las hipótesis), mientras que la *verdad procesal* requiere de un necesario punto de culminación (cosa juzgada) que no agota todos los pasos que exige la verificación de una hipótesis científica.⁹¹ El proceso penal no puede producir verdades científicas sino que apenas busca soluciones concretas para un caso específico, según determinados criterios de selección de entre los innumerables datos, circunstancias y conexiones que rodean a un supuesto de hecho.⁹² Además, el sistema penal solo

⁸⁶ Véase Michele Taruffo: *La prova dei fatti giuridici*, Milán: Giuffrè, 1992, pp. 8 ss.

⁸⁷ "Es dürfte zum anderen aber auch dadurch begründet sein, daß die Aufgaben strafrechtlicher und politisch-historischer Aufklärung keineswegs identisch sind". Véase Cornelius Prittwitz: "Notwendige Ambivalenzen - Anmerkungen zum schwierigen Strafprozeß gegen John Demjanjuk", en *StV*, 11, 2010, p. 650.

⁸⁸ Véase Frei, van Laak y Stolleis (eds.): *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, Múnich: Beck, 2000. Demostrando que el proceso penal es algo distinto a un proyecto de investigación histórica, véase Detlef Krauss: "Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozeß", en Jäger (ed.): *Kriminologie im Strafprozeß, zur Bedeutung psychologischer, soziologischer und kriminologischer Erkenntnisse für die Strafrechtspraxis*, Fráncfort: Suhrkamp, 1980, pp. 65 ss.

⁸⁹ "Was wir handhaben, ist vielmehr nur ein als sicher geltendes sprachliches Konstrukt, ein meist chronologisch geordneter Bericht, eine Geschichtserzählung, der vieles fehlt und vieles verschweigt". Véase Michael Stolleis: "Der Historiker als Richter - der Richter als Historiker", en Frei, van Laak y Stolleis (eds.): o. cit., p. 178.

⁹⁰ Las consecuencias de sus investigaciones también son muy diversas. El juez tiene que tomar decisiones en nombre del pueblo que pueden afectar gravemente a determinadas personas; su verdad es formal, reduccionista y limitada. El historiador no decide en el sentido del juez, su verdad solo lo puede afligir moralmente, porque aquello que provoque con su investigación solo a él le concierne. El historiador se refiere y valora solo el pasado único e irreplicable, mientras que el juez valora ese hecho único e irreplicable según el espíritu presente de la norma. Ambos "investigadores" de la verdad factual tienen que construir una opinión con base en la reconstrucción de hechos pasados que contribuye al conocimiento y entendimiento de los hombres en una sociedad determinada. *Ibidem*.

⁹¹ Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 185 s. También Nicolás Guzmán: *La verdad en el proceso penal*, cit., p. 113.

⁹² Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 183 y 190.

puede reprochar conductas a personas, pero en los casos relacionados con las más graves violaciones a los derechos humanos —como sucede con el terrorismo de Estado—⁹³ los tribunales penales son inocuos para juzgar sistemas, regímenes o ideologías criminales a las que muchos de los responsables sirven.⁹⁴ La *verdad judicial* o la “verdad” que se puede obtener por medio de un proceso penal está limitada a la averiguación de la culpabilidad de algunos criminales, posiblemente los de mayor culpabilidad y responsabilidad en los hechos. Esta forma de hacer justicia, sin embargo, no se condice con la “averiguación de la verdad”, porque incluso puede esconder muchas de las causas que están relacionadas con estos hechos con el fin de limitarse a la prueba de la culpabilidad individual. Nils Christie sostiene que con los juicios y condenas a los criminales nazis en los procesos de Núremberg los jueces británicos, norteamericanos y soviéticos no discutieron sobre los hechos acontecidos en Dresden, Hiroshima y Nagasaki y sobre los Gulags, cuando estos hechos también eran importantes para conocer la verdad respecto a los crímenes de la Segunda Guerra Mundial. La sospecha de una “justicia de vencedores” puede dificultar el conocimiento de la verdad mediante el uso del sistema penal.⁹⁵ Según Christie, los procesos penales solo se ocupan de culpabilidades personales o individuales, y nada pueden hacer cuando los crímenes han sido cometidos en el marco de “sistemas culpables” (*system-guilt*).⁹⁶

Véase que el sistema penal no produce ni constata la verdad sobre lo sucedido, sino que apenas soluciona una imputación o absolución de un caso concreto según un discurso que no está *libre de dominación* y una representación ideal de lo verdadero.⁹⁷ La *verdad procesal* es tan solo aquella que se puede probar, y a esas pruebas se limita su contenido.⁹⁸ Como ha dicho Hassemer, el derecho

⁹³ La doctrina interpreta este término como los crímenes de Estado contra los enemigos del gobierno hasta aniquilarlo. A diferencia del terrorismo (político), que pretende derrocar un gobierno actuando mediante violencia contra la población en general y reivindicando los hechos, el terrorismo de Estado oculta sus hechos o los legitima como “razón de Estado” o defensa de la “seguridad nacional”. Véase Luis Bandieri: “Juicio al juicio absoluto. A propósito de ‘Juicio al mal absoluto’ de Carlos Nino”, en <www.ieeba.com.ar/colaboraciones2/Juicio%20al%20juicio.pdf>.

⁹⁴ Cornelius Prittwitz: “Notwendige Ambivalenzen”, o. cit., p. 655.

⁹⁵ Véase Nils Christie: “Peace or punishment?”, en Gilligan y Pratt: *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Willan Publishing, 2004, pp. 244 s.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 251.

⁹⁷ Véase Winfried Hassemer: o. cit., pp. 163 ss., 168.

⁹⁸ “La verdad tanto como la realidad no es un objeto dado de antemano que solo se trataría de reflejar adecuadamente. Es una problemática del testimonio, por oposición a la prueba”. Véase Jacques Derrida: *Historia de la mentira: Prolegómenos*, Conferencia dictada en la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en 1995, disponible en <<http://www.jacquesderrida.com.ar/textos/mentira.htm>>, pp. 24 s.

procesal penal no puede ser vinculado a los procedimientos de búsqueda de la verdad empírica, sino que, por el contrario, “al proceso penal se lo dota de instrumentos para detener la búsqueda de la verdad”.⁹⁹ Una parte de la doctrina, incluso, niega la posibilidad de que la verdad pueda ser “descubierta”, “hallada” o “reconocida” por medio del procedimiento penal, porque ella no es algo previo ontológica o axiológicamente, sino que la verdad es construida por la sentencia judicial.¹⁰⁰ Por todo esto, no se puede decir que la verdad sea un objeto que se “conozca” siguiendo métodos de investigación penales, sino que ella es consecuencia de un proceso de elaboración o, en todo caso, un principio general o un valor que inspira al procedimiento penal.¹⁰¹ El procedimiento penal es necesario para terminar con la presunción de inocencia de los responsables y para la imputación de responsabilidad penal, pero no es presupuesto del derecho a la verdad. El procedimiento penal tiene un efecto preventivo muy importante y es útil para la investigación de datos oficiales antes desconocidos, para obligar a determinadas reparticiones estatales a “colaborar” con la justicia, para acabar con la amnesia colectiva,¹⁰² para brindar un espacio de manifestación a las víctimas y para terminar con la impunidad, entre otras cosas. De cara a hacer frente a los crímenes más graves, el derecho penal (nacional, internacional o supranacional) todavía desempeña un papel importante desde el punto de vista preventivo y de motivación de conductas,¹⁰³ por el mero hecho de la existencia de la norma de

⁹⁹ Véase Winfried Hassemer: o. cit., p. 187. La doctrina procesal niega incluso que el proceso sea el sitio adecuado para la satisfacción de los derechos de la víctima, porque como *situación jurídica* (Goldschmidt) tiene una función dinámica que se traduce en el “deber funcional de carácter administrativo y político” que tiene el juez y que resuelve por medio de una sentencia. En el proceso no se puede hablar de derechos sino de “posibilidades” de que el derecho sea reconocido en la sentencia, de expectativas y de cargas. Esta dinámica del proceso Goldschmidt la comparaba con la guerra, en tanto “el vencedor puede llegar a disfrutar un derecho que se legitima por la sola razón de la lucha”. Como dice Couture: “[...] estalla la guerra y entonces todo el derecho se pone en la punta de la espada: los derechos más intangibles quedan afectados por la lucha y todo el derecho, en su plenitud, no es sino un conjunto de posibilidades, de cargas y de expectativas”. Véase Eduardo Couture: *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Buenos Aires: Depalma, 1951, p. 70.

¹⁰⁰ Véase Rainer Paulus: o. cit., pp. 687 ss. La verdad es una producción que tiene lugar en la sala de audiencias, que de alguna forma, en un proceso cuyo objetivo es el consenso, refleja una realidad social. Véase Walter Grasnick: “Wahres Über die Wahrheit- auch im Strafprozeß”, en Wolter et al. (eds.): *140 Jahre Goldammer's Archiv für Strafrecht - Eine Würdigung zum 70 Geburtstag von Paul-Günter Pötz*, Heidelberg: Decker, 1993, pp. 69 y 75.

¹⁰¹ Como ha dicho Volk, la verdad material puede ser considerada como un concepto supraordenatorio del sistema penal, al cumplir una función constitucional de orientación para todo el sistema punitivo, una especie de valor o principio para el procedimiento penal. Véase Klaus Volk: *Wahrheit und materielles Recht im Strafprozeß*, Konstanz: Universitätsverlags, 1980, pp. 15 ss.

¹⁰² Véase Stanley Cohen: “Unspeakable Memories”, o. cit., p. 33.

¹⁰³ Lelieuer hace mención al paramilitar Carlos Castaño, que depuso las armas inmediatamente después de que Colombia ratificara el ER porque entendió que su caso podía ser perseguido por la CPI. Véase Juliette Lelieuer: “El

prohibición y de la posibilidad de ejercicio de jurisdicción.¹⁰⁴ Las más graves violaciones de los derechos humanos requieren de una sanción ejemplar, como si se tratara de un imperativo categórico de hacer justicia. Lo que nuestra ciencia, sin embargo, no ha demostrado es que el procedimiento penal sea el sitio más adecuado para satisfacer el “derecho a la verdad” que tiene la víctima.¹⁰⁵ En relación con el “derecho a la verdad”, el derecho penal y sus procedimientos pueden ser una herramienta útil para investigar, procurar información todavía desconocida y obligar a conservar archivos públicos. Una vez recolectada la información necesaria, en el caso concreto, la magnitud de la violación a los derechos humanos determinará la necesidad de castigo de los responsables, pero de esta eventualidad no deriva —ni puede derivar— el derecho de la víctima al conocimiento de la verdad. Es más, estos procedimientos solo sirven para que el Estado se comprometa en encontrar o esclarecer una “parte de la verdad”, aquella que sea necesaria para fundamentar una imputación penal.¹⁰⁶

6 ● La verdad filosófica

18. La *verdad filosófica*, a diferencia de la *verdad factual*, se refiere al hombre en su singularidad y es apolítica por naturaleza. Desde un punto de vista filosófico es difícil aceptar que simples ciudadanos (jueces o historiadores) puedan llegar a conocer la verdad porque, “cuando la verdad filosófica entra en la calle, cambia su naturaleza y se convierte en opinión”.¹⁰⁷ Jueces o historiadores solo pueden brindar una “opinión” sobre los sucesos que investigan, una opinión que debe garantizar una información objetiva

Estatuto de la Corte Penal Internacional: un derecho represivo de nueva generación”, en Delmas-Marty, Pieth y Sieber (eds.): *Los caminos de la armonización penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 75.

¹⁰⁴ Véase que la Corte IDH identifica la falta de tipicidad de las conductas con un favorecimiento de la impunidad. Véase Javier Dondé: o. cit., p. 268.

¹⁰⁵ Véanse al respecto dos notas periodísticas realizadas a víctimas de las dictaduras en Uruguay y Argentina, <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-164944-2011-03-26.html>> (26.3.2011), <<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-165964-2011-04-10.html>> (10.4.2011). La pregunta que permanece es si la “verdad” habría sido posible sin el uso de las medidas coercitivas que permite el proceso penal.

¹⁰⁶ Hay otras posibilidades distintas al proceso penal para establecer la verdad y, también, otras formas de verdad. Véase Heinz Steinert: “Negotiating the Past: Culture Industry and the Law”, en Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, o. cit., p. 162. Según Steinert, los juicios penales como forma de recreación de los eventos del pasado sirven para validar la versión de los hechos enunciada por la más alta autoridad: el Estado. *Ibidem*, p. 174.

¹⁰⁷ Véase Hannah Arendt: *Verdad y política*, versión disponible en internet, p. 7.

que no discuta los hechos en sí mismos.¹⁰⁸ Lo que aquí importa es que la “verdad” es producto o consecuencia de un proceso de elaboración, que sin embargo tiene que respetar como una máxima que los hechos que se investigan están más allá de las opiniones individuales, los acuerdos o consensos.¹⁰⁹ La “verdad” que se busca debe ser lo más imparcial posible y estar libre de los intereses privados.¹¹⁰ En realidad, debe acercarse a una *verdad racional* o *verdad de razón* (Arendt) que ilumine el entendimiento humano. Sin embargo, es muy arriesgado hablar de una *verdad factual* u *objetiva* cuando “los hechos siempre pueden ser diversos”, porque “no hay ninguna razón concluyente para que los hechos sean lo que son”. Pero además, los procesos de *establecimiento de la verdad* (factual) requieren de “evidencias factuales” recogidas de los testimonios de “testigos presenciales” de los hechos, procedimiento de recolección de datos que no está exento de falsificaciones. Desde un punto de vista filosófico lo contrario a la “verdad” no es el “desconocimiento” sino la “mentira”, aunque a veces aun diciendo la verdad se puede mentir o engañar a otro.¹¹¹ Esta consideración filosófica nos impide afirmar que la verdad tiene como opuesto el desconocimiento de lo sucedido; su opuesto es únicamente el falseamiento de los hechos por alguna instancia de poder. Los tiempos que corren nos han traído el fenómeno de la manipulación masiva de los hechos y de la opinión, así como la reescritura de la historia mediante la fabricación de imágenes por las políticas de los gobiernos.¹¹² Según Derrida, las imágenes sustitutas no remiten a un original, sino que lo remplazan: “[...] el proceso de la mentira moderna ya no sería la disimulación que enmascara la verdad, sino la destrucción de la realidad o del archivo original”.¹¹³ El *terrorismo de Estado* persigue por medio del temor generalizado el fin de hacer desaparecer cualquier forma de oposición,¹¹⁴ incluida la desaparición de la propia esencia humana por medio de ciertas prácticas criminales.¹¹⁵ Los totalitarismos no solo destruyen

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ Según Arendt, si los hombres estuvieran de acuerdo en una propuesta de “verdad”, producto del entendimiento o de un acuerdo de la mayoría, aquello que fuera verdad filosófica se convertiría en mera opinión que podría cambiar en cualquier momento. Véase Hannah Arendt: o. cit., p. 16.

¹¹⁰ Como dice Arendt: “La calidad misma de una opinión, como la de un juicio, depende de su grado de imparcialidad”. *Ibidem*, p. 13.

¹¹¹ Véase Jacques Derrida: o. cit., p. 3. Lo opuesto a la verdad no es el error, la ilusión o la opinión, sino la mentira o falsedad deliberada (Arendt). Véase que se puede “decir la verdad con la idea de engañar a los que creen que no deberían creerla”, en lo que Koyré interpretó como una técnica política moderna, en la era de las comunicaciones de masas y del totalitarismo. *Ibidem*, p. 26.

¹¹² *Ibidem*, p. 8.

¹¹³ *Ibidem*, p. 9.

¹¹⁴ Véase José Sanmartín: “¿Hay violencia justa? Reflexiones sobre la violencia y la justicia basada en los derechos humanos”, en *Daimón. Revista de Filosofía*, n.º 43, 2008, p. 11.

¹¹⁵ Véase Hannah Arendt: *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid: Taurus, 2004, pp. 552 ss.

a los hombres, sino que impiden toda forma de memoria o recuerdo para acabar con sus relaciones, sus valores, su historia, su existencia.¹¹⁶ De esta forma, el derecho a la verdad queda reducido al no falseamiento de aquello que ha acontecido.¹¹⁷ La víctima tiene derecho, entonces, a no recibir y a que no se hagan públicas informaciones falseadas, sino solo aquellas que reflejen objetiva e imparcialmente los hechos en un momento histórico determinado. La víctima, además de “conocer lo sucedido”, tiene derecho a que no se destruya la realidad o el archivo original y a realizar un *control democrático* sobre las instituciones del Estado, así como a participar del proceso público de *establecimiento de la verdad* y de *elaboración del pasado*. Pero también la víctima tiene derecho a que le sea devuelta su existencia por medio de la recuperación de la memoria.¹¹⁸ Por eso, los hechos acontecidos tienen que ser conocidos y divulgados mediante la publicidad.¹¹⁹ En ese sentido, una declaración oficial pública de reconocimiento de los hechos puede dar cabal satisfacción a este derecho de la víctima derivado de la dignidad humana.¹²⁰ La víctima, además de ese derecho que impide que las autoridades falseen o modifiquen los hechos realmente acontecidos, tiene derecho a manifestarse públicamente para que “su verdad” no sea negada por los victimarios o, incluso, por los historiadores u otros científicos con potestades de analizar los hechos del pasado.¹²¹ Por eso, el derecho de la víctima a la verdad no se agota ni se satisface exclusivamente por medio del proceso penal.

¹¹⁶ Expone Arendt que el homicidio acaba con una vida pero no con la existencia de la víctima, que permanece en la memoria. El crimen de lesa humanidad elimina la existencia de la víctima porque busca destruir la memoria aun después de eliminada la vida. *Ibíd.*, p. 548.

¹¹⁷ En términos conceptuales, según Arendt, verdad es todo aquello que no logramos cambiar. Véase Hannah Arendt: *Verdad y política*, o. cit., p. 31.

¹¹⁸ Memoria que puede ser individual y colectiva, que no es lo mismo que la historia, porque esta tiene que ver con el establecimiento de acontecimientos objetivos y aquella con la interpretación de tales acontecimientos. Véase Heribert Adam: “Divided Memories: How Emerging Democracies Deal with the Crimes of Previous Regimes”, en Susanne Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford y Portland: Hart, 2009, p. 79.

¹¹⁹ La publicidad, según Kant, no solo da contenido a la forma distributiva de justicia, sino que es el germen de la forma democrática de gobierno. Téngase en cuenta que dentro del concepto de publicidad Kant incluía la discusión pública potencialmente universal tendiente a reunir voluntades para lograr acuerdos. Véase José Villacañas: *Kant: Ilustración jurídica vs. Razón de Estado*, p. 51. Según Villacañas: “Cada presente tiene su propia responsabilidad, y los principios kantianos, por llamarlos de una manera que los identifique más allá de protagonismos teóricos discutibles, solo nos recuerdan en este sentido que también nosotros tenemos la nuestra, y que en la exigencia radical de publicidad democrática debemos perfeccionar la técnicas de discusión y de representación que tengamos a nuestro alcance”. *Ibíd.*, p. 53 (sic).

¹²⁰ Véase Jacques Derrida: o. cit., p. 16. El problema que no podemos resolver tiene que ver con aquellos que pregonan la existencia de varias verdades o, por otra parte, la imposibilidad de “compartir memorias”. Véase Stanley Cohen: “Unspeakable Memories and Commensurable Laws”, en Susanne Karstedt (ed.): *Legal Institutions and Collective Memories*, Oxford y Portland: Hart, 2009, p. 36.

¹²¹ El legislador penal alemán ha tomado debida cuenta de esta posibilidad de revisión distorsionada de la historia y ha protegido ese derecho de la víctima por medio del tipo penal que castiga la negación del holocausto. Véase también Tatiana Rincón: o. cit., p.55.

19. Véase que desde un punto de vista kantiano la verdad es un *desideratum*, ella es inaccesible e indemostrable, pero en cuanto puede ser “pensada” por el hombre se convierte en un consuelo, una obligación y un imperativo.¹²² Epistemológicamente sería un retroceso volver a considerar la posibilidad de construir por medio del procedimiento penal una *verdad absoluta* que legitime el castigo y de la que derive el derecho de la víctima a conocer la verdad. De la jurisprudencia de la Corte IDH quedan dudas acerca de la relación que existe entre el derecho a la verdad y la obligación de castigar, porque, en todo caso, ella no ha demostrado fehacientemente que el derecho a la verdad que tiene la víctima se satisfaga únicamente por medio del castigo del responsable. Ese derecho a la verdad tampoco es un derivado del derecho a la justicia, porque la víctima tiene un derecho fundamental a la verdad que le otorga el derecho a conocer sin falseamientos ni manipulaciones los hechos ocurridos y a saber quiénes fueron los partícipes en esos hechos. Ese derecho individual y colectivo a la “verdad” así entendida faculta a la víctima a exigir una declaración pública a las instancias oficiales que constate la existencia del delito, de su condición de víctima con todos los derechos que ello conlleva y de la identidad del victimario con todas las consecuencias que ello pueda aparejar cuando su responsabilidad es constatada por un juez penal. Ahora bien, esta declaración pública que brinda conocimiento sobre determinados hechos —en este caso, sobre la violación de derechos humanos— no solo se configura por medio de una sentencia y del discurso de dominación que emana del procedimiento penal.¹²³ Al proceso de “establecimiento de la verdad” y de conocimiento público sobre lo sucedido también pueden aportar medios extrajudiciales (verbigracia, comisiones de la verdad, investigaciones parlamentarias, opinión pública),¹²⁴ instancias todas en las que las víctimas puedan participar activamente en el proceso de elaboración del conocimiento público sobre los hechos (verdad).¹²⁵

¹²² Véase Jorge Carranza Piña: *Fundamentos sobre Verdad, Justicia y Reparación. Garantía de los derechos de las víctimas*, Bogotá: Leyer, 2005, p. 51.

¹²³ Aunque para muchos, por más que los tribunales puedan ser falibles, “como método para llegar a la verdad, no se ha encontrado hasta ahora forma más eficiente que la confrontación sistemática del procedimiento contencioso”. Véase Juan Méndez: o. cit., p. 540.

¹²⁴ “Las comisiones de la verdad tienen el potencial de ser de gran provecho en las sociedades posconflicto, al ayudar a establecer los hechos sobre las violaciones a los derechos humanos, promover la responsabilidad penal, preservar evidencias, identificar a los responsables y recomendar reparaciones y reformas institucionales. Ellas pueden también ofrecer una plataforma pública a las víctimas para dirigirse directamente a la nación con sus historias personales y pueden facilitar un debate público sobre cómo superar el pasado”. Véase *The Rule of law and transitional in post-conflict societies*, UN Doc. S/2004/616, § 50 (traducción propia del inglés).

¹²⁵ Véase Jennifer Llewellyn: “Truth commissions and restorative justice”, en Johnstone y Van Ness (eds.): *Handbook of Restorative Justice*, Willan Publishing, 2007, pp. 355 ss.

7 • Derecho a la verdad, justicia y reparación

20. Verdad, justicia y reparación son los tres estándares identificados por la jurisprudencia de la Corte IDH que coinciden con los tres objetivos que operan como pilares sobre los que se construye el concepto de justicia de transición.¹²⁶ De alguna forma, a partir de los trabajos doctrinarios que han desarrollado el concepto de “justicia de transición”¹²⁷ hay una idea general de que en un Estado de derecho la impunidad no tiene cabida, pero, por otra parte, hay una especie de aceptación de que la tarea de la “justicia” contra la impunidad también persigue la finalidad de conocer lo sucedido.¹²⁸ Este nuevo fenómeno que podría emparentarse con los derechos de las víctimas a saber la “verdad” y a la garantía de “no repetición” no se aprecia de un modo tan marcado en otras regiones del mundo que han sufrido iguales o peores abusos del poder contra los derechos de los individuos.¹²⁹ En el contexto reciente de la justicia de transición, el derecho individual y colectivo de las víctimas a la verdad podría sintetizarse en el derecho a que no se manipulen por las instancias de poder los hechos y las opiniones (jueces, políticos, historiadores). Ello tiene relación con la elaboración del pasado, con trabajar con el pasado, que requiere como una de sus etapas “conocer la historia”, y conocer la historia es necesario para luego “hacer justicia”. La doctrina cree que la justicia (en particular, la justicia de transición) ha contribuido a la *producción de la verdad*.¹³⁰ El conocimiento de la verdad es uno de los pilares que, junto con la justicia y la reparación, en teoría se exige para un proceso exitoso de transición. El conocimiento de la verdad de

¹²⁶ El interés de la justicia en la persecución tiene que complementarse con los derechos de las víctimas, que van mucho más allá de la persecución penal y abarcan el “derecho a la justicia”, el “derecho a la verdad” y el “derecho a la reparación en sentido amplio”. Véase Kai Ambos: “El marco jurídico de la justicia de transición”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Justicia de transición*, cit., p. 24. El informe del alto comisionado de la ONU (A/HRC/12/19) agrega a estos tres objetivos un cuarto: “las reformas institucionales para prevenir la repetición de la violencia”. Para decidir entonces en cada caso cuál es el “interés de la justicia”, no se puede prescindir del “interés de la víctima”. Véase que todo depende de un test de proporcionalidad que pondere los distintos intereses involucrados para la superación del conflicto, de modo que tampoco puede ser suprimida a priori la posibilidad de otorgar una amnistía que de alguna forma se condicione con los intereses de la víctima a “conocer la verdad” y a la reparación.

¹²⁷ Por todos, Ruti Teitel: *Transitional Justice*, Nueva York: Oxford University Press, 2000.

¹²⁸ Véase Florian Huber: *La Ley de Justicia y Paz. Desafíos y temas de debate*, Bogotá: Fundación Friedrich Ebert, 2007, p. 49.

¹²⁹ Véase Andrew Reiter, Tricia Olsen y Leigh Payne: *Amnesty in the Age of Accountability*, p. 22, disponible en http://www.allacademic.com/one/isa/isa08/index.php?click_key=1.

¹³⁰ Véase Iván Orozco Abad: *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*, Bogotá: Temis, 2009, pp. 92 ss. Sin embargo, la verdad producto de la justicia de transición no es una verdad factual o histórica, sino que es una verdad política (verdad consensuada).

algún modo guarda relación con el reconocimiento oficial de los hechos, así como tiene la finalidad de evitar que sobre la sociedad caiga un “manto de amnesia” con relación a los hechos acontecidos.¹³¹

21. Todo indica que no se debe hablar de un *derecho a la verdad*, por la sencilla razón que sería muy difícil identificar un concepto o definición de lo que se entiende por “verdad”.¹³² Hablar de un concepto de verdad puede llevar a la aceptación de una o varias definiciones parciales o interesadas acerca de aquello sucedido, principalmente con las víctimas que todavía se encuentran desaparecidas o cuyo paradero o destino se desconoce. Las distintas visiones sobre lo sucedido imponen la “elaboración” de una visión amplia y democrática que no excluya ninguna de las posiciones.¹³³ Este hecho indica que la verdad no puede ser impuesta por el gobierno, el parlamento o el poder judicial; “la verdad” no es producto de los poderes de Estado sino de un proceso colectivo de conocimiento y elaboración de los hechos que no admite exclusiones.¹³⁴ En la justicia de transición no se trata de establecer la verdad de los vencedores sobre los vencidos, sino de reaccionar contra los crímenes del pasado y de la elaboración de ese pasado a efectos de prevención y no repetición, considerando como objetivos principales el conocimiento de la verdad, hacer justicia y reparar a las víctimas. Allí es donde se entrecruzan los caminos del derecho a la verdad y de la justicia (penal). La doctrina interpreta que el “derecho a la verdad” requiere de investigaciones, pero ello no siempre apareja la persecución penal y la reparación. Según Teitel, dependerá del caso concreto y de las respuestas que el proceso de justicia de transición haya arrojado en relación con las violaciones de los

¹³¹ Véase Jeremy Sarkin: *Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process*, Amberes y Oxford: Intersentia, 2004, p. 33. Ahora, si bien ese concepto de verdad se relaciona con evitar el olvido con una finalidad preventiva, del él no puede deducirse una necesidad preventiva de castigo.

¹³² Véase Bernard Williams: *Truth and truthfulness. An essay in genealogy*, Princeton y Oxford: Princeton University Press, 2002, pp. 63 ss.

¹³³ El poder no puede imponer verdades ni olvidos, porque el ejercicio de la memoria (de lo que se quiere saber y recordar) también debe ser resuelto de modo libre, plural y debatible. Es decir, “no hay lugar para recuerdos u olvidos impuestos desde el poder”. El valor verdad no puede ser totalitario ni absoluto; requiere pluralismo, tolerancia, debate abierto y confrontación libre de versiones y opiniones. “En una construcción democrática, la verdad respecto a procesos y acontecimientos como los vividos durante una dictadura debe ser pública y debatible”. Véase Gerardo Caetano: “El testamento ciudadano y la exigencia de verdad”, en *Revista de Derechos Humanos*, n.º 2, junio 2004, pp. 25 y 27.

¹³⁴ El discurso oficial es siempre heterogéneo y ha sido definido como “the systemisation of modes of argument that proclaim the state’s legal and administrative rationality”. Véase Burton y Carlen: *Official Discourse: On Discourse Analysis, Government Publications, Ideology and the State*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1979, p. 48. Lo positivo de un discurso oficial en relación con la verdad tiene que ver con la autoridad que interpreta los hechos y los problemas, la cual tiene repercusión en la conciencia colectiva. El problema es cuando ese discurso pretende cumplir con la función de legitimar la actuación del Estado. Véase George Gilligan: “Official inquiry, truth and criminal justice”, en George Gilligan y John Pratt (eds.): *Crime, Truth and Justice. Official inquiry, discourse, knowledge*, Willan Publishing, 2004, p. 19.

derechos humanos.¹³⁵ Este proceso de elaboración tiene que considerar distintos significados y formas de entender los mismos hechos en un proceso cultural que acontece en los planos institucional, simbólico y personal.¹³⁶ Sin embargo, este proceso inclusivo de *establecimiento* o *elaboración de la verdad* puede admitir categorías, porque no todos los relatos tienen la misma importancia o el mismo valor. Desde el punto de vista de la justicia penal, cuando se trata de un autor acusado de violar los derechos humanos, él es el verdadero protagonista de un proceso-*show* o proceso-espectáculo y su relato es incluso más importante que el de la víctima,¹³⁷ porque el derecho penal garantista propio de un Estado de derecho se construye sobre la protección del individuo frente al poder punitivo del Estado.¹³⁸ Incluso, poner el acento en la “verdad jurídica que busca aclarar el estatus jurídico de los acusados tiende a simplificar la versión de las víctimas y, sobre todo, tiende a ignorar el entramado social y la reincidencia histórica del daño. De hecho, los protagonistas del proceso pasan a ser los victimarios, mientras las víctimas parecen neutralizadas para ejercer una memoria que rebase los límites del proceso judicial”.¹³⁹ Téngase en cuenta que, desde el punto de vista del conocimiento de la verdad y de la reparación, considerados como derechos de la víctima en los procesos de justicia de transición, la experiencia sufrida por la víctima y su relato son imprescindibles y gozan de mayor jerarquía.¹⁴⁰

22. No se puede generalizar que todos los procesos de justicia de transición relacionan o condicionan el conocimiento de la verdad al castigo de los responsables. En el proceso de justicia de transición que se lleva a cabo en Indonesia, la ley penal se ha suspendido en su aplicación o no se ha aplicado en aquellas comunidades que hicieron uso del recurso al conocimiento de la verdad respecto a crímenes internacionales. Las

¹³⁵ Véase Ruti Teitel: “Editorial Note-Transitional Justice Globalized”, en *IJTJ*, vol. 2, 2008, p. 4.

¹³⁶ Véase Elizabeth Jelin: “Public Memorialization in Perspective: Truth, Justice and Memory of Past Repression in the Southern Cone of South America”, en *IJTJ*, vol. 1, 2007, p. 142; George Gilligan: “Official inquiry, truth and criminal justice”, o. cit., p. 20.

¹³⁷ Como dice Arendt, un juzgamiento se asemeja a una pieza de teatro en la medida en que ambos comienzan y acaban con el autor y no con la víctima. Un juzgamiento-espectáculo, todavía más que un juzgamiento común, presupone un esbozo bien delimitado y claramente definido de los actos realizados y sobre el modo en que fueron realizados. El autor es el héroe de la obra y si él sufre, lo hará por aquello que realizó y no por los sufrimientos que causó a las víctimas. Véase Hannah Arendt: *Eichmann em Jerusalém. Uma reportagem sobre a banalidade do mal* (trad. de Ana Corrêa), 2ª ed., Coimbra: Tenacitas, 2004, p. 61.

¹³⁸ Considérese, además, que el sujeto sometido a un proceso penal tiene el derecho constitucional de mentir o callar para su defensa. Por su parte, la víctima es generalmente excluida del proceso penal y solo es llamada a prestar una declaración fidedigna en algunas circunstancias.

¹³⁹ Véase Adolfo Chaparro: “La función crítica del ‘perdón sin soberanía’ en procesos de justicia transicional”, en Rettberg (comp.): o. cit., p. 246.

¹⁴⁰ Véase Slavoj Žižek: *Arriesgar lo imposible. Conversaciones con Glyn Daly*, Madrid: Trotta, 2004, pp. 135, 136.

víctimas no solo recibieron disculpas sino también reparaciones simbólicas, si así se puede entender que una comunidad acepte responsabilidad por los hechos o que informe dónde se encuentran los restos de los desaparecidos. En una primera etapa, cuenta Braithwaite, la verdad fue un mero producto local de comunidades, pero luego hubo casos de reconocimiento individual de la responsabilidad o declaraciones en las que se narró lo sucedido. Esto solo fue posible cuando existió este período de excepción en el que a esta declaración de la verdad (o autoinculpación) no correspondió obligatoriamente el inicio de un juicio penal.¹⁴¹ Algunas comunidades realizaron su proceso de paz y reconciliación utilizando el recurso del conocimiento de la verdad como medio para lograr la elaboración del pasado y la convivencia pacífica. Pero en otras comunidades en Indonesia, el proceso se realizó únicamente por medio de reparaciones simbólicas que no tenían como presupuesto el conocimiento de la verdad, sino la reparación de las víctimas. En Uganda, por su parte, una gran cantidad de miembros de la etnia acholi consideran que la CPI no es provechosa para resolver el grave conflicto allí acontecido. Ellos piensan que el reconocimiento de la responsabilidad y la reconciliación, por ejemplo, utilizando el tradicional método de *mato oput*,¹⁴² es más provechoso que cualquier forma de justicia retributiva.¹⁴³ Estos ejemplos indican que desde un punto de vista local la verdad no siempre es condición para el castigo de los responsables y/o para la reparación de las víctimas. Sin embargo, no cualquier decisión local es válida cuando contradice los principios éticos universales. En ese sentido la Corte IDH ha sido muy clara en cuanto a la prohibición de otorgar amnistías cuando se trata de las más graves violaciones de los derechos humanos, así como también se prohíben otros institutos procesales (por ejemplo, la prescripción) cuando ellos se convierten en un obstáculo para la investigación de los hechos o para “la identificación y el castigo de los responsables”.¹⁴⁴ Es decir, la solución local no puede contradecir la dimensión universal de la ética y la dignidad humana.¹⁴⁵ De este modo, la necesidad del conocimiento de la verdad permanece incólume

¹⁴¹ Véase John Braithwaite: “Truth, Non-Truth and Reconciliation: Bougainville and Indonesia”, Peacebuilding Workshop, Imprs Remep, Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional, 22.6.2010.

¹⁴² Método tradicional empleado por los acholi para hacer justicia, basado en el reconocimiento de la culpabilidad y una compensación a la familia de la víctima, incluso en casos de homicidios.

¹⁴³ Véase Deirdre Golash: “The Justification of Punishment in the International Context, en May y Hoskins (eds.): *International Criminal Law and Philosophy*, Nueva York: Cambridge University Press, 2010, p. 210.

¹⁴⁴ Véase el caso *Barrios Altos contra Perú*, § 41 ss. Defensoría del Pueblo: *A dos años de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*, Informe Defensorial n.º 97, Lima, 2005, p. 120. También caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29.11. 2006, serie C, 162, § 167.

¹⁴⁵ En lo que tiene que ver con la verdad, ella surge de un proceso de elaboración (histórico-político-administrativo-jurídico) en el que tienen que participar los miembros de la sociedad en la que sucedieron las violaciones a los derechos humanos, porque a través de sus relatos se valora la experiencia local junto a la dimensión universal

allí donde incluso se llega a un acuerdo de reparación con las víctimas individuales, lo que reafirma que el *derecho a la verdad* es autónomo con relación a los castigos y a las reparaciones y que, en ocasiones, tiene un carácter colectivo innegociable.

23. La jurisprudencia de la Corte IDH no considera relevante la interacción entre estos tres objetivos de la justicia de transición (verdad, justicia y reparación) y relaciona el derecho a la verdad con un derecho absoluto a conocer lo sucedido y al castigo de los responsables, que no puede ser vulnerado por impedimentos de tipo procedimental o material. El problema que la Corte IDH no resuelve tiene relación con la posibilidad admitida por la doctrina de una potencial renuncia parcial de alguno de estos objetivos por razones de pacificación social (o incluso por motivos particulares de las víctimas), y sostiene que la condena penal es para las víctimas una forma de reparación simbólica. Véase que la doctrina admite que junto con la persecución penal de los principales responsables de las violaciones de los derechos humanos se puede otorgar una amnistía para algunos partícipes con menos responsabilidad, de modo que se pueda renunciar a una parte de la verdad y al castigo de todos los responsables.¹⁴⁶ De todas formas, si bien este derecho a la verdad no es absoluto (porque una parte de la verdad podría ser “ocultada” o no “conocida” para facilitar la reconciliación), esta necesidad de restricción de una parte de la verdad no puede afectar el derecho de la víctima a la justicia y a la reparación. Por ello, se recomienda que aquellas restricciones a la verdad que puedan llevar a la impunidad de los autores de las violaciones a los derechos humanos sean suplidas por medios públicos de reconocimiento de responsabilidad y de disculpas y arrepentimiento de los responsables, de modo que permitan ofrecer no solo la reconciliación social sino también garantías de no repetición en el futuro.¹⁴⁷ En ese sentido, la doctrina es terminante en cuanto a que “*ohne Aufklärung und Anerkennung des vergangenen Unrechts gibt es keine Versöhnung*” (‘no hay reconciliación sin esclarecimiento de la verdad y reconocimiento del injusto realizado’).¹⁴⁸ Por ello, la justicia en sentido amplio es un requisito para una

de la ética y la dignidad humana. Ahora bien, la elaboración de esa verdad local tiene que respetar determinados principios reconocidos por toda la comunidad internacional. El relativismo epistemológico no debe ser asimilado a relativismo ético, en el sentido de que hay principios éticos (imperativos categóricos) que no pueden ser relativizados por argumentos localistas, culturalistas o de concepción del mundo. Véase Clifford Geertz: *Los usos de la diversidad*, Barcelona, Buenos Aires y México: Paidós, 1996, pp. 73 ss., 95 ss.

¹⁴⁶ Véase Gerhard Werle: “Die juristische Aufarbeitung der Vergangenheit: Strafe, Amnestie oder Wahrheitskommission?”, en Muñoz Conde y Vormbaum (eds.): *Transformation von Diktaturen in Demokratien und Aufarbeitung der Vergangenheit*, Humboldt-Kolleg an der Universidad Pablo de Olavide Sevilla, 7-9 de febrero de 2008, De Gruyter, 2010, p. 21.

¹⁴⁷ Véase Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID), p. 6.

¹⁴⁸ Véase Gerhard Werle: o. cit., p. 21.

paz interna duradera y para que las heridas del pasado no permanezcan abiertas.¹⁴⁹ Como lo ha sostenido la Corte IDH, por un lado, la vía judicial no es la única posible para la averiguación o el esclarecimiento de la verdad y, por otro, la vía no judicial no puede sustituir sino complementar a la judicial (que constituye una obligación del Estado frente a las violaciones más graves de los derechos humanos).¹⁵⁰ Las Comisiones de la Verdad, todo un aporte de las transiciones latinoamericanas, han servido indiscutiblemente para posicionar al derecho a la verdad como un derecho fundamental y autónomo¹⁵¹ frente a violaciones masivas contra los derechos humanos.¹⁵² Teórica y políticamente estas comisiones no han sido relacionadas con la justicia penal (salvo en el caso de Argentina y sus juicios para el conocimiento de la verdad, que entremezclan los objetivos de uno y otro mecanismo),¹⁵³ sino con la importancia de conocer “la verdad” en los procesos de reconciliación.¹⁵⁴ Sin embargo, cada vez más, este tipo de comisiones se utilizan como paso previo en la lucha contra la impunidad, objetivo que va ligado indisolublemente a la justicia penal y a la finalidad preventiva del castigo (no repetición).¹⁵⁵

¹⁴⁹ “Conferencia Internacional: “De la superación del pasado a la cooperación futura. Desafíos regionales y mundiales de la reconciliación”, FES y GTZ, Berlín, 31 de enero-2 de febrero de 2005, Informe del grupo de América Latina, <<http://www.gtz.de/de/dokumente/Regional-Report-LatinAmerica-es.pdf>>. Con otro punto de vista, una parte de la doctrina, asumiendo una postura “ética”, niega la posibilidad de reconciliación social porque ella implica una aceptación recíproca de culpabilidad, tanto por parte de los victimarios como de las víctimas. Véase Ernesto Garzón Valdés: *El velo de la ilusión*, Buenos Aires: Sudamericana, 2000, p. 312. Otros insisten en que la reconciliación no es una meta decente desde el punto de vista de las víctimas, y que además es una especie de “desilusión mística”, porque la reconciliación implica una “hermandad entre víctimas y victimarios” que en el caso específico de Chile sería imposible lograr entre “pinochetistas” y “no pinochetistas”. Véase Fernando Atria: “Reconciliation and Reconstitution”, en Veitch (ed.): *Law and the Politics of Reconciliation*, Ashgate, 2007, pp. 34 ss.

¹⁵⁰ Véase por todos Corte IDH, caso *Masacre de la Rochela contra Colombia*, sentencia del 11.5.2007, § 195.

¹⁵¹ Véase que el conocimiento de la verdad es considerado como un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.1.1981, § 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8.2.2006, “Study on the right to the truth”).

¹⁵² Véase Priscilla Hayner: *Unspeakable Truths. Confronting state terror and atrocity*, Nueva York y Londres: Routledge, 2001, pp. 24 s.

¹⁵³ Críticamente, Daniel Pastor: “¿Procesos penales solo para conocer la verdad? La experiencia argentina”, en Daniel Pastor (dir.): *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 369 ss. Téngase en cuenta que estos “juicios de la verdad” son consecuencia de un acuerdo amistoso entre víctimas (parientes de personas desaparecidas) y el Estado argentino ante la Com IDH debido a la imposibilidad de investigar y castigar por la existencia de leyes de amnistía.

¹⁵⁴ Un ejemplo podría ser la Comisión para la Paz de Uruguay. Véase sobre el tema Gonzalo Fernández: “Uruguay”, en Arnold, Simon y Woischnick (eds.): *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa*, México: Universidad Autónoma de México, 2006, pp. 407 ss.; Pablo Galain Palermo: “The persecution of international Crimes in Uruguay”, o. cit., pp. 605 s.

¹⁵⁵ Véase Daditos Haile: *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. Osiel propone que “el fundamento real de las comisiones de la verdad debe buscarse en otros escenarios y no en su capacidad de para reconciliar a las víctimas con los victimarios en un orden moral común. Más bien, las comisiones de la

8. Conclusión

24. En un principio, el derecho “a la verdad” fue considerado como un derecho individual de la víctima y de sus familiares, independientemente de la naturaleza del delito cometido, cuando se comprobaba en el caso concreto la responsabilidad del Estado por la falta de protección de los derechos de sus ciudadanos. La ampliación del derecho “a la verdad” hacia la colectividad tiene relación con los crímenes cometidos contra determinados colectivos sociales o étnicos, que han servido de base para ampliar el concepto de víctima y sus respectivos derechos a la colectividad, y con la naturaleza del delito cometido, así como por la sospecha de participación del Estado en la realización de los crímenes y delitos. En ese sentido, los crímenes de lesa humanidad (en particular el crimen de desaparición forzada) y posteriormente las masacres cometidas contra determinados grupos sociales han servido para justificar el *conocimiento de la verdad* como un derecho colectivo, relacionado con el conocimiento de lo sucedido para prevenir repeticiones. Sin embargo, cuando se trata de los crímenes más graves contra los derechos humanos, en los que todo un sistema o instituciones se encuentran involucrados, el procedimiento penal no puede (en las circunstancias dogmáticas actuales)¹⁵⁶ hacer frente al conocimiento de la verdad en lo que refiere a responsabilidades colectivas que escapan

verdad pueden determinar quién tiene derecho a reclamar indemnización monetaria del Estado”. Véase Mark Osiel: “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, o. cit., p. 69.

¹⁵⁶ La doctrina penal alemana ha realizado algunos intentos para aceptar responsabilidades penales (injustos) dentro de sistemas injustos, cuando se trata de los crímenes internacionales. Para algunos, al menos, el carácter colectivo de los crímenes debe reflejarse en la imputación penal individual, porque crímenes como los cometidos por el régimen nacionalsocialista, si bien pueden afirmar el injusto individual, acarrear problemas en cuanto la atribución de la culpa individual que imputa el derecho penal debido a la magnitud colectiva del crimen cometido. Véase sobre el tema Herbert Jäger: *Makrokriminalität. Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Fráncfort: Suhrkamp, 1989, pp. 132 s.; Ernst-Joachim Lampe: “Systemunrecht und Unrechtssysteme”, en *ZStW*, 1994, pp. 683 ss., 735; Joachim Vogel: “Individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht”, en *ZStW*, 114, 2002, pp. 419 ss. En la doctrina penal internacional, admitiendo formas paralelas de imputación para colectivos o el propio Estado (Hans Vest: “Humanitätsverbrechen - Herausforderung für das Individualstrafrecht?”, en *ZStW*, 113, 2001, pp. 489 ss.) o un sistema doble de imputación: individual y colectivo (Kai Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* [trad. de Malarino], Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 163). La jurisprudencia penal internacional comienza a aplicar la autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados de poder, concentrando el injusto y el peso del reproche penal en las personas que dirigen o controlan al grupo criminal. Véase Héctor Olásolo: “Reflexiones sobre el desarrollo de la doctrina de la empresa criminal común en derecho penal internacional”, en *Revista para el Análisis del Derecho* (Indret), Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2009/3, pp. 3 ss.; “The Criminal Responsibility of Senior Political and Military Leaders as Principals to International Crimes”, en *Studies in International and Comparative Criminal Law Series*, vol. 4, Oxford: Hart Publishers, 2009. Un panorama sobre la imputación en organizaciones criminales en Jesús Silva Sánchez: “La ‘intervención a través de organización’, ¿una forma moderna de participación en el delito?”, en Dolcini y Paliero (a cura di): *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milán: Giuffrè, 2006, pp. 11873 ss.

a los intentos de establecer una “verdad” que permita una imputación individual de responsabilidad. Más claramente: la justicia penal es necesaria para investigar e imputar determinados hechos concretos a determinadas personas, pero es incapaz de satisfacer el derecho “a la verdad” individual y colectivo.¹⁵⁷ El “derecho a la verdad” no deriva de la obligación del Estado de investigar (y, en su caso, castigar), como sostiene la Corte IDH. El derecho penal no sirve para “buscar la verdad”, sino para investigar determinados hechos y castigar a los autores de los crímenes contra los derechos humanos. El *derecho a la verdad* no debería ser utilizado para legitimar el castigo de los responsables según fines retributivos o de expiación, porque en materia penal, aunque la pena tenga una naturaleza retributiva, su legitimación proviene de criterios de merecimiento y necesidad de castigo. Por eso, la solución penal sería válida (merecida) siempre que la pena fuera necesaria para garantizar la no repetición de los hechos. De ello se deriva que la solución penal, desde un punto de vista meramente penal, solo debe ser funcional al interés de la justicia cuando se recurra a ella con una finalidad preventiva.¹⁵⁸

25. La Corte IDH ha establecido determinados estándares con relación al conocimiento de la verdad, que pueden resumirse en un derecho de la víctima individual y colectiva que se corresponde con una obligación estatal de investigar penalmente y sancionar con una pena a los responsables. Esta pena, según la Corte IDH, es una forma de reparación de la víctima.¹⁵⁹ Como surge de la jurisprudencia de la Corte IDH, el Estado tiene obligación de perseguir penalmente los crímenes y delitos más graves contra los derechos humanos, y los responsables no podrían ser beneficiados con amnistías, gracias u otros institutos de perdón que impidan responsabilizarlos penalmente.¹⁶⁰ Esta obligación puede tener relación con el derecho de la víctima a “conocer la verdad”,¹⁶¹

¹⁵⁷ “A través del uso de una ‘narrativa de la verdad’, teniendo en cuenta una verdad ‘social’, una verdad ‘forense’ y una verdad ‘reparadora’ que buscaban documentar el espectro más amplio posible de experiencias e interpretaciones para ‘recuperar partes de la memoria nacional que habían sido anteriormente ignoradas de manera oficial’, la Comisión intentó crear un registro del pasado como ‘parte de una memoria nacional’”. Véase Fiona Ross: *La elaboración de una memoria nacional: la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica* (trad. de Mendizábal y Guglielmucci), Cuadernos de Antropología Social, 24, 2006, p. 56, <http://www.scielo.org.ar/pdf/cas/n24/n24a03.pdf> (16.3.2011).

¹⁵⁸ Véase Pablo Galain Palermo: *La reparación del daño a la víctima del delito*, cit., p. 319. Desde un punto de vista crítico, Winfried Hassemer: “Seguridad por intermedio del derecho penal” (trad. de Córdoba y Maier), en Julio Maier y Gabriela Córdoba (comps.): *¿Tiene un futuro el derecho penal?*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 14 ss.

¹⁵⁹ Como surge del caso *Myrna Chang contra Guatemala*; véase Manuel Quincho: o. cit., pp. 76 ss.

¹⁶⁰ Recientemente, caso *Gelman contra Uruguay*, cit., § 195 ss.

¹⁶¹ La víctima tiene un “derecho a la verdad” o un derecho a “conocer lo sucedido” sin falseamientos que es autónomo. Véase que el conocimiento de la verdad es considerado como un derecho autónomo por el Working Group on Enforced or Involuntary Disappearances (WGEID) en su primer reporte (E/CN.4/1435, 22.1.1981, § 187) y fue reconocido por otros informes internacionales (ONU Office of the High Commissioner for Human Rights, E/CN.4/2006/91, 8.2.2006, “Study on the right to the truth”).

pero no tiene como función primordial ni se legitima en “descubrir la verdad”, sino que pretende averiguar la participación de determinada persona en los acontecimientos para imputar penalmente una responsabilidad individual. No obstante, con relación al “descubrimiento de la verdad” sobre esos hechos bien determinados, la víctima tiene un interés directo y un “derecho a conocer” que se relaciona con el derecho a la justicia y con el derecho a la reparación. El conocimiento de la verdad es una forma de reparación que desde un punto de vista moral incluso puede tener primacía frente a la necesidad de justicia (entendida como castigo).¹⁶² El derecho penal, sin embargo, no puede satisfacer plenamente el derecho de la víctima individual y colectiva “a la verdad”, porque para satisfacer este derecho tienen que ser consideradas muchas otras variables y muchos otros discursos que el procedimiento penal no puede tener en cuenta si no quiere fracasar en su objetivo: constatar y determinar una imputación penal según criterios jurídico-penales, respetando para ello las garantías del debido proceso. El derecho penal solo puede brindar a la víctima la reivindicación de una sentencia judicial en contra del responsable.¹⁶³

26. La hipótesis sometida a falseamiento respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH¹⁶⁴ no se verifica, en tanto la Corte IDH, pese a no mantener criterios claros en su jurisprudencia, parece aceptar la autonomía del derecho de la víctima a conocer la verdad. El trabajo no genera datos que demuestren la relación entre el derecho a la verdad y el derecho a la reparación de la víctima. La tesis de la Corte IDH no se verifica, en el sentido que cuando se han cometido graves violaciones de los derechos humanos el conocimiento de la verdad es un derecho de la víctima que no puede ser satisfecho únicamente por medio del procedimiento penal. La hipótesis mantenida en este trabajo¹⁶⁵ se verifica en la jurisprudencia de la Corte IDH analizada, siempre que los medios judiciales y extrajudiciales utilizados para la construcción de la verdad se consideren complementarios y no excluyentes. De la jurisprudencia consultada no se puede verificar que la verdad sea un proceso de elaboración que requiere de la participación de todos los actores sociales e instituciones estatales. La verdad como proceso de elaboración

¹⁶² Como ha dicho Caetano: “[...] la falta de verdad es más grave aún que la ausencia de justicia. El olvido impuesto y el tipo de (des)memoria consiguiente pueden resultar más crueles y de consecuencias negativas más perdurables que la impunidad, sin que esto implique disminuir un ápice la condena y el rechazo de esta última”. Véase Gerardo Caetano: o. cit., p. 28.

¹⁶³ Véase Mark Osiel: “Respuestas estatales a las atrocidades masivas”, en Rettberg (comp.): o. cit., p. 69.

¹⁶⁴ La Corte IDH reconoce un derecho de la víctima en su dimensión individual y colectiva a la verdad que no es autónomo, sino que se relaciona directamente con la obligación estatal de castigar a los responsables y de modo indirecto con el derecho a la reparación.

¹⁶⁵ La víctima tiene derecho a “conocer lo sucedido” y a participar del proceso de construcción de la verdad, que puede ser satisfecho por medios judiciales y/o extrajudiciales, los cuales deben utilizarse de forma complementaria.

o construcción participativo e inclusivo, en el que la víctima ocupa un papel central, puede considerarse como una meta en todos los procesos de justicia de transición y de elaboración del pasado. El derecho penal puede cumplir con un papel mucho más modesto en este proceso y colaborar por medio de la utilización de sus medios coercitivos, aunque esta no es su función.

27. Para concluir, es importante dejar en claro que no existe una relación de medio a fin entre el conocimiento de los hechos (verdad) y el castigo penal. El derecho a saber y conocer “la verdad” sobre un determinado momento histórico no se desprende y legitima de un derecho a castigar. El castigo, además de *merecido*, tiene que ser *necesario*, en el sentido actual dominante de la teoría de la pena. El conocimiento de la verdad no depende de esta decisión puntual en un caso concreto, ni tampoco es la legitimación del castigo. El castigo no depende del conocimiento de la verdad ni se fundamenta en él. El conocimiento de la verdad no implica en todos los casos el castigo penal. Entre verdad y castigo, considerado el primero un derecho de la víctima y el segundo una obligación estatal, o considerados ambos como derechos de la víctima, hay una relación que no puede negarse, pero debe quedar bien claro que el derecho a conocer la verdad no se realiza únicamente en el castigo.

ADAPTACIÓN DEL DERECHO INTERNO AL DERECHO INTERNACIONAL, ESPECIALMENTE EN LO QUE SE REFIERE A LEYES PENALES

Ramiro J. García Falconí

RESUMEN. Los Estados suscriptores de un tratado o convenio internacional sobre derechos humanos se comprometen a cumplir de buena fe lo establecido en el texto, de conformidad con el principio *pacta sunt servanda*. Como parte de un tratado o convenio internacional de derechos humanos no solamente deben considerarse las normas contenidas en él, sino también las decisiones adoptadas por el órgano de aplicación del tratado o convenio. En el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos, las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos, especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben ser consideradas como vinculantes y, por tanto, de aplicación obligatoria por los jueces nacionales en la resolución de los casos puestos a su consideración. Los jueces se encuentran obligados a aplicar el control de convencionalidad en la resolución de los casos nacionales, lo cual implica adecuar las normas de derecho interno, incluidas las de rango constitucional, a la Convención Americana. Las decisiones adoptadas como resultado de ejercicios de democracia directa no se encuentran exentas del control de convencionalidad, y su legitimidad radica no solo en lo formal a través de la aplicación de la regla de mayorías, sino en lo sustancial, a través de la adecuación de la decisión democrática a los dictados de la Convención.

Palabras clave: tratados internacionales, derecho internacional de los derechos humanos, control jurisdiccional, efecto vinculante, control de convencionalidad.

ZUSAMMENFASSUNG. Die Unterzeichnerstaaten eines internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens verpflichten sich, die im Text enthaltenen Vorschriften nach bestem Wissen und Gewissen entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* zu erfüllen. Dabei sind nicht nur die Bestimmungen des internationalen Menschenrechtsvertrags oder –abkommens als dessen Bestandteile zu erachten, sondern auch

die von dem für seine Anwendung verantwortlichen Organ getroffenen Entscheidungen. Im Falle der Amerikanischen Menschenrechtskonvention sind die Entscheidungen des interamerikanischen Menschenrechtssystems, insbesondere des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, als verbindlich anzusehen, weshalb auf nationaler Ebene ihre Anwendung durch die Richter bei der Entscheidung der ihnen vorgelegten Fälle obligatorisch ist. Die Richter sind bei der Lösung der Fälle auf nationaler Ebene zur Kontrolle der Vertragskonformität verpflichtet; dies bedeutet, dass die Bestimmungen des nationalen Rechts einschließlich der Normen mit Verfassungsrang an die Amerikanische Konvention anzupassen sind. Auch die auf dem Weg der direkten Demokratie getroffenen Entscheidungen sind nicht von der Kontrolle der Vertragskonformität ausgenommen, ihre Legitimität beruht nicht allein in formaler Hinsicht auf der Beachtung des Grundsatzes der Mehrheitsentscheidung, sondern auch in materieller Hinsicht auf der Anpassung der demokratischen Entscheidung an die Bestimmungen der Konvention.

Schlagwörter: Internationale Verträge, internationales Recht der Menschenrechte, gerichtliche Kontrolle, bindende Wirkung, Kontrolle der Vertragskonformität.

ABSTRACT. The States signatory to a treaty or international convention on human rights undertake to comply in good faith with the provisions of the text, according to the *pacta sunt servanda* principle. Treaties or international conventions on human rights consist not only of the rules included in them but also of the decisions adopted by the monitoring bodies of the treaty or convention. In the case of the American Convention on Human Rights, the decisions of the Inter-American system – specifically the Inter-American Court of Human Rights – are binding and must be applied by national judges when deciding the cases submitted to them. When deciding national cases, judges must exercise conventionality control, which implies adjusting domestic legislation, including the constitution, to the American Convention. The decisions adopted as a result of direct democracy initiatives are also subject to conventionality control. Their legitimacy is based not only on the formal aspect – application of the majority rule – but also, in substance, on the observance by those democratic decisions of the provisions enshrined in the Convention.

Keywords: international treaties, international human rights law, jurisdictional control, binding effect, conventionality control.

Una de las facultades inherentes a la actividad judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) es la de supervisar el cumplimiento de sus decisiones por los países miembros. El artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”, vinculando las obligaciones convencionales de los Estados partes a todos los poderes o funciones del Estado.¹ La misma Corte ha señalado que la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, conforme se ha insistido en jurisprudencia reiterada emitida por la Corte IDH y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.²

Este cumplimiento de buena fe de las obligaciones generadas por el derecho internacional conlleva, como se señaló, el que no pueda invocarse para su incumplimiento el derecho interno, dentro del cual deben entenderse incluso las disposiciones constitucionales.³ Estas reglas son consideradas principios generales del derecho, conforme las ha tratado tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia⁴ como, de forma reiterada, la propia Corte IDH, tanto en las sentencias dictadas dentro de casos contenciosos como en las supervisiones de sentencia y opiniones consultivas.⁵

¹ Caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de noviembre de 1999, serie C, n.º 59, considerando tercero, y caso *Vargas Areco contra Paraguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de julio de 2010, considerando cuarto.

² Caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de mayo de 2010, considerando quinto.

³ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35. Sobre este tema cabe señalar que resultaría contrario a la Convención y por tanto ilegítimo el artículo 425 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece un orden jerárquico normativo por el cual, en caso de conflicto, se aplicaría la Constitución por sobre la Convención.

⁴ Caso de las *Comunidades Greco-Búlgaras (1930)*, serie B, n.º 17, p. 32; caso de *Nacionales Polacos de Danzig (1931)*, series A/B, n.º 44, p. 24; caso de las *Zonas Libres (1932)*, series A/B, n.º 46, p. 167; *Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988)*, pp. 12, 31-2, § 47.

⁵ *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, opinión consultiva OC- 14/94, supra nota 3; caso *Cinco pensionistas contra Perú*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando sexto, y caso *Ivcher Bronstein contra Perú*,

Los Estados partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte.⁶ Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.

Sobre la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, la Corte ha señalado en la opinión consultiva OC-2/82:

[...] los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.⁷

Este criterio coincide con el expuesto en su momento por otros órganos jurisdiccionales internacionales, como la Corte Internacional de Justicia, en su opinión consultiva relativa a *Reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* (1951), la cual afirmó: “[...] en este tipo de tratados, los Estados contratantes no tienen intereses propios; solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que son la razón de ser de la Convención”. La Comisión y la Corte Europeas de Derechos Humanos se han pronunciado en forma similar. En el caso *Austria contra Italia* (1961), la Comisión Europea declaró que las obligaciones asumidas por los Estados partes en la Convención Europea de Derechos Humanos “son

supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2009, considerando quinto.

⁶ European Commission of Human Rights, Applications nr. 15299/89, 15300/89 and 15318/89, *Chrysostomos et alii v. Turkey* (1991), *Decisions and Reports*, Estrasburgo, C. E., [1991], vol. 68, pp. 216- 253.

⁷ Opinión consultiva OC-2/82, de 24 de septiembre de 1982, denominada *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana* (artículos 74 y 75), § 29.

esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes”.⁸ En igual sentido, la Corte Europea afirmó, en el caso *Irlanda contra Reino Unido* (1978):

[...] a diferencia de los tratados internacionales del tipo clásico, la Convención comprende más que simples compromisos recíprocos entre los Estados Partes. Crea, por encima de un conjunto de compromisos bilaterales, mutuos, obligaciones objetivas que, en los términos del Preámbulo, cuentan con una “garantía colectiva”.⁹

En el caso *Soering contra Reino Unido* (1989), la Corte Europea declaró que la Convención Europea “debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exige comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias”.¹⁰

Teniendo en cuenta las decisiones anotadas, debe considerarse que existen varias formas en las que un Estado miembro puede violar un tratado internacional y específicamente la Convención Americana. En el caso de la Convención, la vulneración puede producirse tanto por omisión al dictar las normas o los mecanismos jurídicos a que se encuentran obligados —por ejemplo, aquellas que por mandato del artículo 2 deben incorporarse a los ordenamientos jurídicos nacionales— como por la incorporación de normas o mecanismos jurídicos que no estén conformes con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o en contra de él, es indiferente para los efectos de protección de los derechos humanos.¹¹ Para una mejor comprensión del tema, es necesario iniciar con el concepto de *ley* que nos propone la Corte IDH:

[...] la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según

⁸ European Commission of Human Rights, Decision as to the Admissibility of Application nr. 788/60, *Austria v. Italy case*, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, La Haya, M. Nijhoff, 1961, p. 140.

⁹ European Court HR, *Ireland v. United Kingdom case*, judgment of 18 January 1978, serie A, n.º 25, p. 90, § 239.

¹⁰ European Court HR, *Soering case*, decision of 26 January 1989, serie A, n.º 161, § 87.

¹¹ Opinión consultiva OC-13/93, del 16 de julio de 1993, serie A, n.º 13, § 26; *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes.¹²

El hecho de que una ley pertenezca al ordenamiento jurídico interno de un Estado miembro y que haya sido adoptada “de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución” nada significa si mediante ella se viola cualquiera de los derechos o libertades protegidos por la Convención. Las atribuciones de la Corte en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.¹³ Tal como lo ha manifestado la Corte, el cumplimiento de un procedimiento constitucional “no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos”.¹⁴

Respecto del tratamiento que debe darse a la norma interna violatoria de la Convención Americana, tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH) como por la Corte IDH, esta última ha señalado que la Com IDH es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que este ha asumido al ratificarla o adherir a ella. Como consecuencia de esta calificación, podrá la Com IDH recomendar al Estado la derogación o la reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto. Esta calificación y recomendación pueden ser hechas por la Com IDH directamente al Estado (artículo 41.b) o en los informes a que se refieren los artículos 49 y 50 de la Convención.¹⁵ Diferente es el caso de la actuación de la Corte IDH, la cual, en ejercicio de su competencia consultiva y en aplicación del artículo 64.2, puede referirse a la eventual violación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos por una norma interna o meramente a la compatibilidad entre esos instrumentos.

En caso de tratarse de la jurisdicción contenciosa, el análisis debe realizarse según parámetros diferentes, pues debe considerarse, por una parte, que una ley que entra en

¹² Opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 38, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

¹³ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 27.

¹⁴ Opinión consultiva OC-13/93, supra nota 11, § 22.

¹⁵ Opinión consultiva OC-14/94, del 9 de diciembre de 1994, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), § 38 y 39.

vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas. Es posible que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, simplemente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. Es posible, asimismo, que las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de esta. A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las denomina “leyes de aplicación inmediata”.¹⁶ En el caso de que la ley no sea de aplicación inmediata y no haya sido aún aplicada a un caso concreto, la Comisión no puede comparecer ante la Corte para someter un caso contra el Estado con base en la sola emisión de la ley. La ley que no es de aplicación inmediata es mera facultad dada a las autoridades para tomar medidas de acuerdo con ella, y a criterio de la Corte, no representa, *per se*, violación de los derechos humanos.¹⁷

En el caso de las leyes de aplicación inmediata, tal como han sido definidas, la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición. Así, una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesionaría a todos los individuos de esa raza. Si se trata de normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales (artículo 63.2 de la Convención y artículo 29 del Reglamento de la Comisión).

La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, “para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50”, y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados.¹⁸

La exigencia de que se trate de individuos determinados se desprende del artículo 46.1.b, que exige que la petición o comunicación “sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”, y del artículo 46.2.b, que no requiere el agotamiento de los recursos internos y exime de la exigencia del plazo mencionado cuando “no se haya

¹⁶ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 41.

¹⁷ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 42.

¹⁸ Opinión consultiva OC-14/94, *supra* nota 15, § 45.

permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos”.¹⁹ Esta posición sin duda muestra la adhesión de la Corte IDH a la posición sostenida sobre el tema por la Corte Europea de Derechos Humanos.²⁰

Si el caso llega a la Corte después de haberse seguido el procedimiento pertinente, ella tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado, y, en caso afirmativo, que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcados y, si fuera procedente, que se reparen las consecuencias del acto violatorio y se pague una indemnización.²¹

La Corte señala como finalidad de su jurisdicción contenciosa el proteger los derechos y libertades de personas determinadas, por lo que no cabe decisión respecto de casos abstractos, pues no existe en la Convención disposición alguna que permita a la Corte decidir, en el ejercicio de su competencia contenciosa, si una ley que no ha afectado aún los derechos y libertades protegidos de individuos determinados es contraria a la Convención.²² Sin embargo, la Corte podría pronunciarse en estos casos dentro de su función consultiva, en aplicación del artículo 64.2 de la Convención. La Comisión, por su parte, podría hacer como se señaló anteriormente, y en esa forma cumpliría su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. La Corte concluye que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención constituye una violación de esta y que, en el evento de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera responsabilidad internacional para el Estado.²³

El cumplimiento tanto de las disposiciones de la Convención como de las resoluciones de la Corte IDH va más allá de la reparación de los derechos individuales de la víctima, pues, como se señala en reiterados fallos, los Estados partes en la Convención

¹⁹ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 46.

²⁰ Casos *Klass and others* (Judgment of 6 September 1978, serie A, n.º 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A n.º 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, serie A, n.º 49), al interpretar la palabra “víctima” que usa el artículo 25 del Convenio (Europeo) para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

²¹ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 48.

²² *Ibidem*, § 49.

²³ Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 50.

no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella.²⁴ Tampoco pueden los Estados dejar de tomar las medidas legislativas “o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”, en los términos del artículo 2 de la Convención. Estas medidas son las necesarias para “garantizar el libre y pleno ejercicio” de dichos derechos y libertades, en los términos de su artículo 1.1.²⁵

La Corte ha sido enfática en señalar que la Convención Americana “establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados” y que esta obligación del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas. Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, si no ocurre así, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella.

La posición de la Corte IDH en este punto no se basa únicamente en la naturaleza de los tratados de protección de derechos humanos sino en argumentos hasta cierto punto *iusnaturalistas*, como el acudir al “derecho de gentes” casi como un cuerpo normativo positivizado, cuando señala que en el derecho de gentes una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas.²⁶ Esta norma es considerada por la Corte IDH como válida universalmente y la ha calificado como un principio evidente.²⁷

La Convención Americana establece la obligación de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención para garantizar los derechos en ella consagrados, por lo que el deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica adoptar medidas en dos vertientes. Por una parte, suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, expedir normas y desarrollar prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.²⁸

²⁴ Caso *Suárez Rosero*; sentencia de 12 de noviembre de 1997, serie C, n.º 35, § 97.

²⁵ Caso *Cesti Hurtado contra Perú*, fondo; sentencia de 29 de septiembre de 1999, serie C, n.º 56, § 166.

²⁶ Caso *Garrido y Baigorria*, reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos); sentencia de 27 de agosto de 1998, serie C, n.º 39, § 68 y 69.

²⁷ “Principe allant de soi”; *Echange des populations grecques et turques*, avis consultatif, 1925, CPJL, serie B, n.º 10, p. 20.

²⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*; fondo, reparaciones y costas; sentencia de 30 de mayo de 1999, serie C, n.º 52, § 207.

Cuando hablamos del derecho interno no nos referimos únicamente a la legislación nacional de cada país, sino también a los mecanismos jurídicos implementados hacia dentro por los Estados partes, pues en casos como la vulneración del artículo 7.3 de la Convención (privación de libertad arbitraria), la violación puede producirse pese a haberse aplicado la norma interna, si esta o la argumentación utilizada es contraria al principio de inocencia, a la Convención y a lo que la Corte ha decidido en la materia.

1. El control de convencionalidad

Al control de las modalidades de adecuación de normas, decisiones y mecanismos jurídicos nacionales a la Convención, se denomina *control de convencionalidad*, criterio introducido por la Corte IDH en 2006²⁹ y ratificado posteriormente en varias resoluciones.³⁰ En principio la Corte IDH señala su consciencia respecto de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y en tal razón, obligados a la aplicación del derecho interno. Sin embargo, la ratificación de un tratado internacional por parte de un Estado y en específico de la Convención Americana, somete a los jueces a la misma, como parte del aparato estatal y les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin. Dichas leyes a criterio de la misma Corte IDH desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

En consecuencia, los órganos judiciales deben ejercer un *control de convencionalidad* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana, tarea en la cual deberán tomar en cuenta no solamente las normas contenidas en la Convención, sino la interpretación que de ellas ha realizado la Corte IDH, en su calidad de intérprete última de la Convención.³¹ Esta decisión obedece al principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados, al que ya hemos hecho referencia, por

²⁹ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 124.

³⁰ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*; excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 24 de noviembre de 2010, serie C, n.º 219, § 176, y caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*; excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, n.º 220, § 225.

³¹ Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, supra nota 29, § 124.

el cual no pueden invocarse para su incumplimiento normas del derecho interno.³² El control de convencionalidad analizado debe ser aplicado *ex officio* por los jueces, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, tomando las normas de la Convención Americana y la interpretación de estas efectuada por la Corte IDH, por una parte, y, por otra parte, las normas internas, en aplicación de las normas 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana.³³

Varios de los más altos tribunales latinoamericanos se han pronunciado al respecto. Así, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha señalado:

[...] si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá —de principio— el mismo valor de la norma interpretada.³⁴

En el mismo sentido, dijo el Tribunal Constitucional del Perú:

[...] la vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.³⁵

³² Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC- 14/94, de 9 de diciembre de 1994, serie A, n.º 14, § 35.

³³ Caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, supra nota 30, § 176; caso *Cabrera García y Montiel Flores contra México*, supra nota 30, § 225.

³⁴ Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, acción inconstitucional, voto 2313-95 (expediente 0421-S-90), considerando VII.

³⁵ Sentencia emitida el 21 de julio de 2006 por el Tribunal Constitucional del Perú (expediente n.º 2730-2006-PA/TC), fundamento 12.

Queda por tanto claro que, además de las normas contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, para los jueces nacionales de los países suscriptores son vinculantes también las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no solo en su parte decisoria, que afecta al país procesado específicamente, sino en sus consideraciones o *ratio decidendi*, en las cuales se desarrolla la interpretación obligatoria de las normas de la Convención.

Una vez establecido el marco general dentro del cual la Corte IDH considera necesaria la modificación de la normativa y las prácticas jurídicas internas, es necesario analizar algunos casos en los cuales la Corte se ha pronunciado expresamente sobre dicha adecuación del ordenamiento jurídico nacional al marco impuesto por la Convención.

2. La ambigüedad en la tipificación de una conducta como vulneración de la Convención Americana

El artículo 9 de la Convención Americana determina que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

En el caso peruano, mediante el decreto-ley n.º 25659, artículos 1, 2 y 3, y el decreto-ley n.º 25475, artículos 2 y 3, se tipificaron los delitos de traición a la patria y terrorismo, y se establecieron las penas correspondientes a cada uno. La tipificación de dichos delitos resulta tan difusa y laxa en la redacción de los mencionados decretos que permite una amplia interpretación, e incluso la confusión entre ellos. Es así que la Corte inicialmente considera que ambos decretos-leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que podrían ser comprendidas indistintamente en un delito o en otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y, como en el caso examinado, de la “propia Policía (DINCOTE)”, razón por la cual los citados decretos-leyes en este aspecto son incompatibles con el artículo 8.4 de la Convención Americana.³⁶

³⁶ Caso *Loayza Tamayo contra Perú*; fondo; sentencia de 17 de septiembre de 1997, serie C, n.º 33, § 68.

Posteriormente, sobre casos derivados de la aplicación de los mismos decretos-leyes, tanto la Com IDH como la Corte IDH complementan su análisis y, adicionalmente a la vulneración del derecho del inculpado absuelto por una sentencia firme a no ser nuevamente procesado, encuentra que los mencionados lesionan además el principio de legalidad contenido en el artículo 9 de la Convención. La Com IDH considera que no existen, prácticamente, diferencias entre el tipo penal de terrorismo y el de traición a la patria o terrorismo agravado establecidos en la legislación peruana, y que ambos permiten una amplia interpretación, facilitando la posibilidad de que puedan ser confundidos. Se trata de tipos penales abiertos “que usan términos muy difusos”, en contra de lo que preceptúan los sistemas penales modernos, esto es, términos rígidos que no permitan mayor interpretación. Tal situación viola el principio básico de derecho penal de tipicidad o determinación legal precisa del tipo penal.

Adicionalmente se señala que el delito de traición a la patria, como lo ha reconocido el mismo Estado, es el *nomen juris* de un terrorismo agravado que, aparte de ser un tipo penal abierto, “[traspasa el juzgamiento de la conducta delictiva] del fuero del juez natural, que era el fuero común, a la justicia militar”. Por otra parte, “el delito de traición a la patria como tipo [...] en el derecho penal no tiene nada que ver con terrorismo”, ya que el primero es un delito contra la seguridad de la nación y está destinado a proteger la independencia, la soberanía o la integridad de esta, lo que no está en discusión en este caso, y el artículo 2 del decreto-ley n.º 25659 establece quiénes son los autores del delito de traición a la patria; sin embargo, dicho artículo no contiene previsiones sobre la posible autoría del delito por extranjeros, es decir, no precisa si el Estado exige lealtad a ciertos ciudadanos extranjeros y en qué condiciones debe hacerlo, lo que resulta violatorio del principio de legalidad. La lealtad a la patria peruana es un deber de los ciudadanos peruanos, por lo cual no puede procesarse a extranjeros por su incumplimiento.³⁷

La Corte IDH, por su parte, al analizar el tema, señala que la existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar *sin rostro*, que se juzgue a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que les sea aplicable la pena de cadena perpetua.³⁸ Ya previamente se había

³⁷ Caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, supra nota 28, § 114.

³⁸ Caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, supra nota 28, § 119.

pronunciado sobre el sentido de la palabra *leyes*, por cuanto en el contexto de un régimen de protección a los derechos humanos no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen.

De esta forma, la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente.³⁹ La Corte considera que aplicar normas como las contenidas en los decretos-leyes emitidos en el Perú, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana, pues 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, el cual 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, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad.⁴⁰

En las resoluciones dictadas en los casos *Loayza Tamayo* y *Castillo Petruzzi*, ordena al Perú como Estado miembro que se sirva adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la sentencia y asegurar el goce de los derechos consagrados en ella a todas las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, sin excepción alguna.⁴¹ En específico se dispuso:

³⁹ Opinión consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, serie A, n.º 6, § 21.

⁴⁰ Caso *Castillo Petruzzi* y otros, supra nota 28, § 121.

⁴¹ *Ibidem*, punto resolutivo 14.

[...] el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes 25.475 (Delito de Terrorismo) y 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴²

Sobre este tema se han emitido seis resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencia. La última, del 6 de febrero de 2008, establece como decisión de la Corte IDH mantener abierto el procedimiento de supervisión de cumplimiento del punto específico referente a la adecuación de los decretos-leyes a la Convención. Al respecto debe mencionarse que el Tribunal Constitucional del Perú dictó una sentencia de fecha 3 de enero de 2003 por la que declara la inconstitucionalidad de los artículos relevantes del decreto-ley n.º 25659, y se han expedido siete decretos legislativos sobre los decretos-leyes cuestionados.

3. Incompatibilidad directa de leyes de amnistía con la Convención

La facultad de la Corte IDH de decidir respecto de la compatibilidad de normas de derecho interno con lo que determina la Convención —o, mejor dicho, con lo que la Corte IDH entiende que determina la Convención— llega al punto de declarar sin efectos jurídicos a normas emitidas por los órganos legislativos de los Estados partes. Este es el caso de las leyes de amnistía n.ºs 26479 y 26492, emitidas por la República del Perú a propósito del caso conocido como *Barrios Altos*.

Los hechos se produjeron el 3 de noviembre de 1991, cuando seis individuos en automóviles con sirenas policiales llegaron a una casa en el sector denominado Barrios Altos, en Lima, donde se celebraba una fiesta, y luego de exigir a los presentes que se arrojaran al suelo, les dispararon por un lapso de aproximadamente dos minutos. Esta acción dejó como resultado quince personas muertas y cuatro heridas, algunas permanentemente incapacitadas. Las investigaciones posteriores determinaron que los autores de los hechos pertenecían a un “escuadrón de eliminación” denominado Grupo Colina, que operaba dentro de Inteligencia Militar. Las investigaciones comenzaron por iniciativa del Congreso del Perú en 1991, pero quedaron truncas por la instauración del

⁴² Caso *Loayza Tamayo contra Perú*; cumplimiento de sentencia; resolución del 17 de noviembre de 1999, Corte IDH, serie C, n.º 60, § 5 de “Otras formas de reparación”.

denominado “gobierno de emergencia y reconstrucción nacional” en 1992 y la disolución del órgano legislativo. Se retomaron en 1995 y fueron interrumpidas nuevamente por la emisión de la ley n.º 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías y también a civiles que hubieran cometido violaciones a los derechos humanos entre 1980 y 1995, o participado en esas violaciones.

Esa ley concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas por violaciones de derechos humanos, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por esa causa. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como *La Cantuta*, algunos de los cuales estaban procesados por el caso *Barrios Altos*. El proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como se presentó, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La ley fue promulgada de inmediato por el presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995. El efecto de la ley en mención fue el de determinar el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal de los responsables de la masacre.⁴³

La jueza que conocía la causa opinó que dicha ley era inaplicable por contravenir la norma constitucional y por tanto se negó a aplicarla. Ante ello, el Congreso peruano emitió el 28 de junio de 2005 una segunda ley de amnistía, la 26492. Esta no solo estableció que la amnistía, además de no ser revisable en sede judicial, era de obligatoria aplicación, sino que amplió el contenido de la ley 26479 concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas. El efecto de esta segunda ley fue impedir que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad de la primera ley de amnistía, invalidando lo resuelto por la jueza que conocía la causa e impidiendo decisiones similares en el futuro.⁴⁴ La Corte Superior de Lima, con base en estas disposiciones legales, invalidó lo actuado por la jueza inferior declarando que las leyes de amnistía no se oponen a la norma constitucional y remitiendo el proceso al órgano de control administrativo de la judicatura, para que procesara a la jueza por “interpretación errónea de la norma”.

⁴³ Caso *Barrios Altos contra Perú*; fondo; sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, n.º 75, § 2.i.

⁴⁴ *Ibidem*, § 2.m.

Sobre este tema, la Corte IDH establece 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 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. En el caso específico, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, la persecución, la captura, el enjuiciamiento y la sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en su artículo 2.⁴⁵

Señala asimismo la Corte IDH que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención, por lo que los Estados partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como es el caso de las leyes de autoamnistía, incurrir en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. La Corte, en una posición que podría calificarse como militante, afirma que 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, a su criterio, impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a los derechos humanos, ya que 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.

Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH señala que las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando

⁴⁵ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, § 41.

un obstáculo para la investigación de las graves violaciones de derechos humanos analizadas 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.⁴⁶

Con base en estas consideraciones, la Corte IDH resolvió que el Perú incumplió los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía n.ºs 26479 y 26492, y que estas son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos.⁴⁷ Esta decisión, según aclaró posteriormente la misma Corte, no afecta solamente al caso resuelto, sino que tiene efectos generales.⁴⁸

La decisión de la Corte IDH en este asunto no quedó en lo señalado, pues posteriormente ratificó un acuerdo reparatorio suscrito entre el Perú y los familiares de las víctimas en el que adicionalmente se estableció como obligación del Estado iniciar el proceso por el cual se incorpore “la figura jurídica que resulte más conveniente” para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales, así como iniciar “el procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad”, ambas obligaciones dentro de los treinta días de suscrito el acuerdo.⁴⁹

Estos aspectos que conllevan la obligación de incorporar a la legislación nacional nuevos tipos penales, por una parte, y la suscripción de un convenio en materia de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, por otra, jamás fueron tocados en la sentencia en la que se decidió el fondo del caso. Esta tendencia de la Corte IDH de llevar la capacidad de investigación, procesamiento y juzgamiento de violaciones de derechos humanos casi hasta sus últimas consecuencias fue reforzada posteriormente, no solo con la imposibilidad de aplicación de leyes de amnistía y su incapacidad de generar efectos en el futuro, sino en la prohibición de argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada ni el principio *non bis in idem*, o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables,

⁴⁶ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, § 44.

⁴⁷ Caso *Barrios Altos contra Perú*, supra nota 43, puntos resolutivos 3 y 4.

⁴⁸ Caso *Barrios Altos contra Perú*; interpretación de la sentencia de fondo; sentencia de 3 de septiembre de 2001, serie C, n.º 83, punto resolutive 2.

⁴⁹ Caso *Barrios Altos contra Perú*; reparaciones y costas; sentencia de 30 de noviembre de 2001, serie C, n.º 87, puntos resolutivos 5.b y 5.c.

y ordenó además que se activen las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreeséidas en los procesos penales militares.⁵⁰

4. Enmienda de normas constitucionales de un Estado parte por disposición de la Corte IDH

La Corte IDH ha ido ampliando su ámbito de acción, no solo en lo que se refiere a los casos sometidos a su conocimiento, sino también en el caso de aquellos Estados que no son parte de la Convención o de aquellos, como Trinidad y Tobago, que hayan establecido limitaciones en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte, en virtud de lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Americana, por considerar que dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención.⁵¹ La Corte Interamericana señala que al momento de interpretar la Convención Americana de conformidad con las normas generales de interpretación de los tratados contenidas en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, y considerando el objeto y fin de la Convención Americana, el tribunal, en ejercicio de la autoridad que le confiere el artículo 62.3 de la Convención Americana, debe actuar de manera tal que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1, por lo que considera inadmisibles subordinar tales preceptos a restricciones que harían inoperante la función jurisdiccional de la Corte y, consecuentemente, el sistema de protección de derechos humanos establecido en la Convención.⁵²

La jurisdicción que la propia Corte IDH reconoce para sí misma, como hemos visto, en lo que a la adaptación del derecho interno al derecho internacional se refiere, no llega solamente a la derogatoria u obligación de incorporar normas legales al ordenamiento jurídico nacional, sino incluso al análisis de la compatibilidad de normas

⁵⁰ Caso *La Cantuta contra Perú*; fondo, reparaciones y costas; sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 226.

⁵¹ Caso *Hilaire*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 80, § 98; caso *Benjamin y otros*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 81, § 89, y caso *Constantine y otros*; excepciones preliminares; sentencia de 1 de septiembre de 2001, serie C, n.º 82, § 89.

⁵² Caso *Hilaire*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 82 y 84; caso *Benjamin y otros*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 73-75, y caso *Constantine y otros*; excepciones preliminares, supra nota 51, § 73-75.

constitucionales de los Estados con la Convención. Así, en el caso *Caesar contra Trinidad y Tobago* se pone en consideración de la Corte la aplicación de penas corporales judicialmente ordenadas, con base en la existencia de la Ley de Penas Corporales, la cual prevé para ciertos delitos, a los varones mayores de 18 años, la aplicación de penas como latigazos con una vara de tamarindo u objetos similares, y flagelación con un objeto denominado *el gato de nueve colas* (instrumento de nueve cuerdas de algodón trenzadas, cada una de aproximadamente 30 pulgadas de largo y menos de un cuarto de pulgada de diámetro, asidas a un mango, que son descargadas en la espalda del sujeto, entre los hombros y la parte baja de la espina dorsal).⁵³ En este caso, el señor Caesar fue sometido a esta flagelación, lo cual por supuesto fue considerado por la Corte IDH como una forma de castigo cruel, inhumana y degradante.⁵⁴ Lo paradójico del caso es que ese castigo fue ordenado por la High Court de Trinidad y Tobago, el órgano jurisdiccional de más alto nivel de dicho Estado, y en aplicación de un cuerpo legal vigente.

Sobre este punto, que es el de interés del presente trabajo, la Corte señala que la Ley de Penas Corporales es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en ella. La Corte es enfática al reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por el Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por este asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Se considera que dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica. Al haberse declarado la incompatibilidad de la Ley de Penas Corporales con la Convención Americana, y por el hecho de que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley después de ratificar la Convención, la Corte declaró que Trinidad y Tobago había incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con su artículo 5.1 y 5.2.⁵⁵

⁵³ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*; fondo, reparaciones y costas; sentencia 11 de marzo 2005, serie C, n.º 123, § 49.8.

⁵⁴ *Ibidem*, § 72.

⁵⁵ *Ibidem*, § 94.

La decisión de la Corte IDH no queda en obligar a la derogatoria de la Ley de Penas Corporales, sino que entra incluso en el análisis de la pertinencia de las normas constitucionales. La sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de esta puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus secciones 4 y 5. En un caso anterior la Corte estableció que, al ser la Ley de Delitos contra la Persona incompatible con la Convención Americana, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”.⁵⁶ En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la *cláusula de exclusión* contenida en la sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención; por tanto, a criterio de la Corte se torna pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilita a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección de violaciones de sus derechos humanos.⁵⁷ Cabe señalar que dicha disposición no ha sido acatada hasta el momento por Trinidad y Tobago, conforme ha sido corroborado por la propia Corte IDH.⁵⁸

5. Inadecuación de decisiones tomadas como resultado de ejercicios de democracia directa con la Convención Americana de Derechos Humanos

Uno de los aspectos de mayor polémica, desde la perspectiva del carácter democrático de los Estados suscriptores de la Convención Americana, es el referente al control de convencionalidad de las decisiones producidas como resultado de ejercicios de democracia directa. El viejo paradigma del *vox populi, vox Dei*, planteado en la Edad Media y

⁵⁶ Caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*; sentencia de 21 de junio de 2002, serie C, n.º 94, § 152.c

⁵⁷ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*, supra nota 53, § 133

⁵⁸ Caso *Caesar contra Trinidad y Tobago*; supervisión de cumplimiento de sentencia; resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 noviembre de 2007.

acogido por el Estado liberal construido según los principios filosóficos de la Ilustración, es así sometido a debate, análisis y decisión judicial.

La pregunta de si puede legítimamente someterse cualquier tema a decisión de democracia directa —esto es a votación del pueblo en las urnas— ha sido negativamente respondida por la Corte IDH en una de sus decisiones más recientes, el caso *Gelman contra Uruguay*.⁵⁹ En este caso, acogiéndose claramente no solo la posición sino la nomenclatura utilizada por la Escuela Analítica Italiana, la Corte IDH considera que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable de la regla de las mayorías, es decir, de “aquello susceptible de ser decidido” por las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial.⁶⁰

En este mismo sentido, la propia Corte Suprema de Justicia de Uruguay decidió textualmente que el límite de la decisión de la mayoría reside, en esencia, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general, ni bien común o público en aras de los cuales esos derechos puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley.⁶¹ En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América estableció:

[...] el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones.⁶²

La Corte Constitucional Colombiana por su parte, ha señalado:

[...] la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite

⁵⁹ Caso *Gelman contra Uruguay*; fondo y reparaciones; sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, n.º 221.

⁶⁰ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 239.

⁶¹ Suprema Corte de Justicia de Uruguay, caso *Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela*; denuncia de excepción de inconstitucionalidad; sentencia n.º 365, de 19 de octubre de 2009, prueba, folios 2325-2379, 1479 y 1480.

⁶² *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), 319 U.S. 624, 14 de junio de 1943, Suprema Corte de los Estados Unidos de América.

jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...].⁶³

Con los antecedentes planteados, la Corte IDH decidió claramente que el hecho de que una ley que contraviene las normas de la Convención o las decisiones de la Corte IDH como intérprete última de la Convención haya sido aprobada en un régimen democrático y aun ratificada o respaldada por la ciudadanía no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia, se debe considerar, entonces, como hecho atribuible al Estado y generador, por tanto, de la responsabilidad internacional de aquel.⁶⁴

6. Conclusiones

La obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, especialmente en lo que a modificación o derogatoria de normas internas se refiere, debe ser analizada con detenimiento, pues son muchas y muy fundadas las razones expuestas por algunos críticos respecto al carácter activista y sobre todo poco democrático que podría conllevar el que un grupo de jueces, por alta que fuera su investidura, interviniera en las normas de Estados soberanos, emitidas por órganos legislativos constitucionalmente elegidos, o incluso, eventualmente, dejar sin efecto decisiones adoptadas como resultado de procesos de democracia directa.⁶⁵

Esta discusión se vuelve más álgida todavía si la modificación o supresión de normas por tribunales como la Corte IDH genera efectos en el ámbito penal, al eliminar la prescripción de la acción para perseguir conductas consideradas como graves vulneraciones de derechos humanos, dejar sin efecto leyes de amnistía o incluso desconocer la

⁶³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-141 de 2010, de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

⁶⁴ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 238.

⁶⁵ Por todos Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Daniel Pastor (ed.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2010, pp. 21-61.

validez de procesamientos penales previos y ordenar nuevos procesamientos, contraviendo el principio del *ne bis idem* consagrado en el artículo 8.4 de la propia Convención Americana.

Al respecto, deben considerarse varios de los presupuestos sobre los que se asientan el derecho internacional de los derechos humanos y sobre todo el derecho penal internacional, pues de estos dependerán los límites que se impongan a los tribunales internacionales que tienen por objeto el análisis de la responsabilidad de los Estados, como la Corte IDH o, más aún, la Corte Penal Internacional, que tiene por objeto examinar la responsabilidad individual de aquellas personas acusadas de cometer los crímenes tipificados en el Estatuto de Roma. Es necesario, por tanto, analizar qué es lo que hace a una conducta tipificada como delito en la legislación nacional susceptible de intervención o persecución internacional, hasta dónde los tribunales internacionales al analizar esas conductas pueden traspasar las barreras impuestas por la soberanía de los países y cuáles son los límites de impunidad admisibles para el derecho internacional.

Sobre el primer tema —esto es, la determinación de una conducta como susceptible de pronunciamiento por un tribunal internacional—, las posiciones doctrinales concuerdan en la legitimidad de dicha calificación y, en específico, del *ius puniendi* supranacional, aunque no respecto de los fundamentos filosóficos que lo sustentarían. Así por ejemplo, un sector importante de la doctrina parte de que son los elementos propios de dichas conductas o actos —es decir, su naturaleza en sí— los que determinan su persecución internacional.⁶⁶ Esta concepción se basa inicialmente en la dignidad humana kantiana y el reconocimiento de la individualidad de los miembros de la sociedad, para concluir en la necesidad de protección internacional de ciertos derechos, aquellos que hacen parte del núcleo duro de los derechos humanos o, en una posición paralela, de los derechos humanos interculturalmente reconocidos —esto es aquellos derechos humanos reconocidos universal y transculturalmente—, así como en el respeto de los principios de justicia, de manera especial el de la libertad frente a la arbitrariedad y la violencia.⁶⁷ Otro sector considera que los denominados *tipos penales del derecho penal internacional* son tales en razón de haberse dado a los tribunales internacionales jurisdicción para su procesamiento y condena, esto es, por la existencia de normas secundarias de reconocimiento que son aceptadas por la comunidad internacional, sin que exista

⁶⁶ Kai Ambos: *Temas de derecho internacional y europeo*, Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 25.

⁶⁷ Otfried Höffe: “Gibt es ein interkulturelles Strafrecht?”, en *Philosophischer Versuch*, Fráncfort: Suhrkamp, 1999, p. 53.

nada distintivo sobre la naturaleza del crimen en sí mismo que justifique su calidad de *crimen internacional*.⁶⁸

Esta última propuesta, de impronta claramente positivista, hace una evidente referencia a la posición de H. L. A. Hart en cuanto a la determinación de las denominadas *reglas secundarias de reconocimiento*,⁶⁹ que para el caso de los delitos internacionalmente perseguibles estarían constituidas por convenciones y tratados, la ley penal nacional y la costumbre internacional. Sea cual sea la posición de la que se parta, lo cierto es que la gran mayoría de la doctrina está de acuerdo en que se justifica el procesamiento internacional de aquellas conductas consideradas como de mayor vulneración de los derechos humanos, ya sea a través del establecimiento de responsabilidad de los Estados, como dispone la Corte IDH, o de responsabilidad individual de los perpetradores de esos crímenes, como dispone la CPI. Por supuesto, en el segundo caso, tratándose de una corte de naturaleza eminentemente penal, las normas y los estándares a aplicar deben ser mucho más estrictos que en el primero.

En cuanto a la soberanía, debe reconocerse que muchos de los argumentos esgrimidos al respecto resultan demasiado generales y simplistas, por lo que de inicio ha de señalarse que esta no puede entenderse como una especie de nube mística que debe envolver totalmente a los Estados o disiparse por completo, sino que es preciso analizar los aspectos que la componen.⁷⁰

La existencia de cortes y tribunales internacionales evidentemente constituye una ruptura del concepto westfaliano de soberanía, tanpreciado para el derecho y la ciencia política tradicionales. Este concepto nos remite a la Paz de Westfalia, firmada en 1648, por la cual la soberanía se describe como “la existencia de Estados en territorios específicos, dentro de los cuales son sus autoridades políticas domésticas las únicas facultadas para intervenir legítimamente”.⁷¹ Debe señalarse que los conceptos westfalianos de soberanía no hacen referencia a principios de justicia, sino a definir las prerrogativas de los Estados soberanos y facilitar la diplomacia entre ellos.

⁶⁸ Larry May y Zachary Hoskins: *International criminal law and philosophy*, Nueva York, Cambridge University Press, 2010.

⁶⁹ H. L. A. Hart: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1961, pp. 97-107. Hart mismo, sin embargo, manifiesta su escepticismo respecto de las normas internacionales, cuando señala: “[...] no solo es discutible [...] que el derecho internacional falta en cuanto a las normas secundarias de cambio y adjudicación que alimentan la legislación y el cambio, pero también respecto de la unificación de las normas de reconocimiento, al establecer las ‘fuentes’ de la ley y proveer criterios generales para la identificación de dichas reglas”.

⁷⁰ Henry Shue: “Eroding Sovereignty: The Advance of Principle”, en Robert McKim y Jeff McMahan (eds.): *The Morality of Nationalism*, Nueva York, Oxford University Press, p. 340.

⁷¹ Stephen Krasner: *Sovereignty: organized hypocrisy*, Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 20.

No existe unidad de criterios respecto de los espacios en los cuales la soberanía puede ser limitada o interferida por los órganos internacionales de protección de derechos humanos, pues una parte de la doctrina considera que solo en aquellos casos en los cuales un Estado vulnera el derecho de sus miembros a la seguridad física o su subsistencia, o bien no puede o no quiere proteger a sus miembros de daños producidos a su subsistencia, se justifica que los órganos internacionales crucen las fronteras de un Estado soberano a efectos de proteger a las personas.⁷² Otra posición doctrinal, que deja de lado el concepto westfaliano de soberanía, considera que la intervención internacional se justifica si los Estados fallan en su deber de protección o ellos mismos violan los derechos humanos de sus propios ciudadanos, independientemente de que dichas violaciones constituyan o no un asunto internacional en sí mismo.⁷³

Estas posiciones, con sus similitudes y diferencias, dejan de alguna manera sin respuesta el cómo y cuándo se encuentra justificada la intervención internacional en Estados cuya soberanía en ocasiones “normales” no se discutiría. Desde mi punto de vista, esto depende también de la existencia de órganos internacionales con capacidad suficiente para ejercer una adecuada protección de los derechos humanos, pues aun cuando se “intervenga” en los derechos de los Estados soberanos para resolver internamente sus problemas, ello no sirve de nada si no existen órganos internacionales encargados de su efectiva protección. Esta protección efectiva va desde la adopción por los Estados de los estándares jurídicos establecidos por los tribunales internacionales en materia de derechos humanos hasta la eventual intervención directa de fuerzas militares supranacionales. Si se niega la forma más atenuada de intervención, esto es, la imposición de estándares jurídicos que los Estados deben adoptar obligatoriamente, en especial en materia legislativa y judicial, no tendría sentido considerar siquiera la existencia de tribunales internacionales con jurisdicción supranacional y con capacidad de protección de derechos humanos.

En cuanto a las consideraciones sobre el principio democrático de los países suscriptores y su eventual vulneración en el caso de normas legislativas o, más aún, decisiones producto de ejercicios de democracia directa declaradas ilegítimas por la Corte IDH, cabe señalar que la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluido el derecho internacional de

⁷² Larry May: *Crimes Against Humanity: A Normative Account*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 68.

⁷³ Andrew Altman y Christopher Wellman: “A Defence of International Criminal Law”, en *Ethics*, n.º 115, p. 45.

los derechos humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana.⁷⁴ Es necesario dotar a la democracia y sus ejercicios de valores no solamente formales sino sustanciales, representados estos últimos por la garantía de los derechos fundamentales.

Son estas razones las que en mi concepto justifican que dentro del principio de *pacta sunt servanda* se consideren no solamente las normas contenidas en los tratados y convenios suscritos por los Estados, sino las decisiones de los órganos encargados de su aplicación, como, en la región, aquellas resoluciones emitidas por la Corte IDH. La suscripción de tratados internacionales en materia de protección de derechos humanos conlleva la adopción por el Estado suscriptor de una serie de obligaciones unilaterales, la primera de las cuales es sin duda el cumplimiento tanto de las normas contenidas en el convenio o tratado como de las decisiones de los órganos internacionales encargados de su aplicación. La omisión en el cumplimiento de las sentencias y decisiones de dicho órgano no puede ser entendida como facultativa de los órganos nacionales, especialmente judiciales, sino como una nueva vulneración de la Convención Americana de Derechos Humanos.

⁷⁴ Caso *Gelman contra Uruguay*, supra nota 59, § 239; Asamblea General de la OEA, resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.

LAS APORTACIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS AL DERECHO PENAL INTERNACIONAL COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Alicia Gil Gil

RESUMEN. En el presente artículo se analiza la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que puede tener influencia en el derecho penal internacional por referirse, de alguna manera, a la persecución penal de crímenes internacionales, y se comentan las similitudes y las diferencias que presenta con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular se exponen las aportaciones del TEDH en temas como la obligación de los Estados de investigar las graves violaciones de derechos humanos y las construcciones elaboradas para imponer estas obligaciones de manera retroactiva, la contribución a la definición de los crímenes internacionales, la afirmación de su imprescriptibilidad y la admisibilidad del ejercicio por cualquier Estado de la jurisdicción universal para su persecución.

Palabras clave: tribunales constitucionales, derecho internacional de los derechos humanos, crímenes de lesa humanidad, competencia de tribunales, administración de justicia, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der vorliegende Beitrag analysiert die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, soweit sie aufgrund ihrer Bezugnahme auf die strafrechtliche Verfolgung von Verbrechen gegen das Völkerrecht das internationale Strafrecht beeinflussen könnte, und kommentiert ihre Ähnlichkeiten und Unterschiede zur Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte. Im Einzelnen dargelegt werden die Beiträge des EGMR zu Themen wie die Verpflichtung des Staates, schwere Menschenrechtsverletzungen zu untersuchen, und die mit dem Ziel einer rückwirkenden Umsetzung dieser Verpflichtung entwickelten Konstrukte, sein Beitrag zur Definition der Verbrechen gegen das Völkerrecht, die Bestätigung ihrer Unverjährbarkeit und die Zulässigkeit des Eingriffs aller Mitgliedsstaaten der internationalen Gerichtsbarkeit mit dem Ziel ihrer Umsetzung.

Schlagwörter: Verfassungsgerichte, internationales Recht der Menschenrechte, Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Zuständigkeit der Gerichte, Rechtspflege, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This article analyses the decisions of the European Court of Human Rights that may have effects on international criminal law because they refer, in one way or another, to the criminal prosecution of international crimes. The similarities and differences with the case law of the Inter-American Court of Human Rights are commented. It discusses the ECHR's contributions to subjects such as the States' obligation to investigate serious human rights violations and the arguments developed to enforce those obligations retroactively, the definition of international crimes, the declaration that these crimes are not subject to any statute of limitations and the fact that any State may exercise universal jurisdiction for their prosecution.

Keywords: constitutional courts, international human rights law, crimes against humanity, jurisdiction of the courts, administration of justice, case law.

1 • La obligación de los Estados de investigar las graves violaciones de derechos humanos

Uno de los aspectos en los que más activa se ha mostrado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con los crímenes internacionales ha sido en el desarrollo del llamado *deber de garantía*, que vinculado a la figura de los *remedios efectivos* le ha servido para construir toda una batería de obligaciones de los Estados de investigar, juzgar, sancionar y reparar las graves violaciones de derechos humanos y, dando unos pasos más, a declarar la inamnestiabilidad, inindultabilidad e imprescriptibilidad de determinados delitos.¹

¹ Sobre esta jurisprudencia con detalle, Javier Chinchón Álvarez: *Derecho internacional y transiciones a la democracia y la paz: Hacia un modelo para el castigo de los crímenes pasados a través de la experiencia iberoamericana*, 2007, en especial pp. 235 ss.434 ss., Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 2010, pp. 25 ss., 211 ss., 263 ss., 491 ss. Sobre el derecho a interponer un recurso efectivo en la jurisprudencia internacional, con mayores detalles, Javier Chinchón Álvarez y Lydia Vicente Márquez: "La investigación de los crímenes cometidos en la guerra civil y el franquismo como delito de prevaricación. Análisis crítico del auto del tribunal supremo de 3 de febrero de 2010 desde la perspectiva del derecho internacional", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 19, 2010, pp. 6 ss., accesible en <http://www.reei.org/reei19/doc/CHINCHON_Javier_Y_MARQUEZ_LydiaVicente.pdf>.

El TEDH se había mantenido hasta hace poco en estas áreas lejos de los excesos² de la Corte IDH. Por supuesto, ha desarrollado igualmente los deberes del Estado de investigar las violaciones de derechos humanos, a pesar de que el principio de garantía no puede extraerse tan claramente del CEDH³ como de la CADH.⁴ Pero la interpretación que el TEDH venía dando a la obligación de poner recursos a disposición de las víctimas

² Véase, muy crítico con la actuación de la Corte Interamericana, Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Gisela Elsner (eds.): o. cit., 2010, pp. 25 ss. Denuncia este autor la modificación judicial del derecho interamericano realizada por la Corte en los múltiples casos en que introduce una nueva norma en el sistema interamericano, no pactada por los Estados, o altera o suprime una norma pactada (activismo judicial), el 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 (punitivización) y 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 (nacionalización). El autor discute estas tres tendencias y alerta sobre su contenido antidemocrático y antiliberal. Entre los excesos de la Corte podemos enumerar, siguiendo a Ezequiel Malarino: 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, etcétera. Algunas fueron efectivamente usadas para decidir casos y otras afirmadas en *obiter dicta*. El TEDH también camina peligrosamente hacia un derecho penal de excepción en tanto no garantiza el principio de legalidad, el de irretroactividad o declara imprescriptibles sin base legal los crímenes internacionales, pero al menos en estos aspectos se ha limitado a dar por válidas las actuaciones de los Estados, y no, como la CIDH a ordenarles reabrir juicios, anular leyes, etcétera, actuando a modo de máximo tribunal de casación y de legislador supranacional (sobre estos aspectos de la actuación de la Corte IDH, Ezequiel Malarino: o. cit., p. 57).

³ El artículo 1 CEDH solo contiene una previsión muy general: "Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio". Según Javier Chinchón (o. cit., p. 236), tan solo de una interpretación sistemática de todo el CEDH podrían extraerse las obligaciones de garantía.

⁴ Artículo 1 CADH: "1. 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". La Corte IDH ha apoyado los deberes del Estado de perseguir y castigar en este artículo y en el derecho a un recurso efectivo, véase por ejemplo, *Paniagua Morales y otros contra Guatemala*, serie C, n.º 37, sentencia del 8 de marzo de 1998 (fondo), § 89.a. ss., también el caso *Castillo Páez contra Perú*, serie C, n.º 43, sentencia del 27 de noviembre de 1998 (reparaciones y costas), § 106-107, y llega incluso a negar que baste con recursos civiles que puedan sustituir a la investigación y el enjuiciamiento penal —caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 144 ss., y Caso *Goiburú y otros contra Paraguay*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, § 122—. Sobre toda esta jurisprudencia véase con detalle Javier Dondé Matute: "El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): o. cit., 2010, pp. 263 ss.

(artículo 13 CEDH) no ha ido tan lejos y ha sido más respetuosa de la soberanía de los órganos legislativos nacionales que la seguida por la Corte IDH.⁵

Aun manteniendo diferencias sustanciales, hay que señalar sin embargo una evolución de la jurisprudencia del TEDH en este terreno. El TEDH ha manifestado en diversas resoluciones que la obligación de los Estados de proteger un derecho (en cualquier circunstancia y no solo en los casos de crímenes internacionales o de las más graves violaciones) incluye la de investigar las circunstancias en que se produce su violación,⁶ pero en los últimos años de ahí deriva posteriormente que por ello la no realización de tal investigación —por ejemplo, no investigar la muerte de una persona sucedida como consecuencia del uso de la fuerza para poder descartar la vulneración del derecho a la vida— supone una infracción directa *e independiente* de la violación primaria (la muerte de la víctima) del artículo 2 CEDH,⁷ lo que, como veremos en la sección siguiente, le ha permitido muy recientemente imponer a los Estados obligaciones de manera retroactiva.

De este modo, la obligación de investigar podría tener dos diferentes apoyos:

- el artículo 13, cuando se ha constatado una violación, llamémosla primaria o sustantiva, del CEDH (por ejemplo, una muerte que se puede calificar de violación del Convenio por encontrarse este vigente para el Estado en cuestión en el momento de los hechos y haberse probado la participación de agentes del Estado en su comisión), y

⁵ La Corte IDH ha desarrollado incluso deberes de tipificación expresa de determinadas figuras delictivas. Por ejemplo, en los casos *Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 97, y *Goiburú y otros contra Paraguay*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de septiembre de 2006, serie C, n.º 153, la Corte IDH estableció que la falta de tipificación expresa e independiente 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”. También declaró el deber de los Estados de solicitar la extradición de los responsables —caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171, § 17—. Sobre toda esta jurisprudencia véase con detalle Javier Donde Matute: o. cit., 2010, pp. 263 ss.

⁶ Así por ejemplo en el caso *Kaya v. Turkey*, sentencia de 19 de febrero de 1998 el tribunal afirma: “*The obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to ‘secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms in [the] Convention’, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State (see the above-mentioned McCann and Others judgment, p. 48, § 161)*”.

⁷ Caso *Šilih v. Slovenia*, sentencia de 9 Abril 2009, § 154: “*The Court notes the State’s obligation to carry out an effective investigation or to provide for the possibility of bringing civil or criminal proceedings as may be appropriate to the case (Calvelli and Ciglio v. Italy [GC], no. 32967/96, § 51, ECHR 2002-I) has in the Court’s case-law been considered as an obligation inherent in Article 2 which requires, inter alia, that the right to life be ‘protected by law’. Although the failure to comply with such an obligation may have consequences for the right protected under Article 13, the procedural obligation of Article 2 is seen as a distinct obligation (see Öneriyıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and İlhan, cited above, § 91-92)*”.

- además un apoyo directo en cada uno de los preceptos que afirman cada uno de los derechos fundamentales, como obligación procesal contenida en ellos,⁸ y que es independiente de la constatación de una violación material o primaria del Convenio (por ejemplo, si no puede afirmarse tal violación porque precisamente por la falta de investigación no se ha probado que los autores de la muerte fueran agentes del Estado,⁹ o porque se cometió antes de estar vigente el Convenio para el Estado,¹⁰ aun así el Estado puede incurrir en responsabilidad por no haber protegido suficientemente la vida a través de la criminalización, investigación y persecución penal en su caso).¹¹

Esta segunda interpretación ha servido al TEDH, como veremos, para hacer una aplicación retroactiva de su jurisdicción.

El TEDH, además, ha interpretado el artículo 13 CEDH en el sentido de que el remedio apropiado que la Convención obliga a poner a disposición de las víctimas exige una investigación efectiva *capaz* de llevar a la identificación y el castigo de los culpables,¹² y además dicho remedio (la investigación) debe ser “efectivo” en la práctica, así como en la legislación, en particular en el sentido de que no debe ser injustifica-

⁸ Kai Ambos y María Laura Böhm: “Tribunal europeo de derechos humanos y Corte interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido y tribunal audaz?”, apartado 3, en este mismo volumen.

⁹ Así por ejemplo, en el caso *Erikson v. Italy*, 37900/97, Court (First Section), decisión sobre la admisibilidad, del 26 de octubre de 1999, *Kaya v. Turkey*, 158/1996/777/978, TEDH, fallo del 19 de febrero de 1998, § 78 y 86. Esta argumentación del tribunal se critica porque el TEDH está realizando una inversión de la carga de la prueba en contra del Estado investigado Anjia Seibert-Fohr: *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 129 ss.

¹⁰ Véase la sentencia del TEDH de 9 de abril de 2009 en el caso *Šilih v. Slovenia*, 71463/01 Court (Grand Chamber) Judgment (Merits and Just Satisfaction), § 159.

¹¹ Sobre esta extensión Anjia Seibert-Fohr: o. cit. p. 118 ss. Para esta autora lo que establece el TEDH son deberes generales de evitar un clima de impunidad, como forma de proteger los derechos humanos en general, pero aunque lo hace a raíz de quejas individuales en la jurisprudencia del TEDH el castigo penal de los autores no es requerido como un remedio para la víctima individual. A favor de la extensión, Kai Ambos y María Laura Böhm, texto correspondiente a la nota 44, señalando que “la interpretación extensiva que realiza el TEDH del derecho a la vida (artículo 2 CEDH) y que requiere una debida criminalización no debe ser entendida en el sentido de la tendencia punitiva criticada por algunos autores respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

¹² Sobre las distintas interpretaciones doctrinales que han suscitado las obligaciones impuestas por el TEDH véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 30 ss. y texto correspondiente. Mientras algunos autores interpretan que el recurso efectivo exige la persecución penal —por ejemplo, Naomi Roht-Arriaza: “State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law”, en *California Law Review* 78: 449 (1990), p. 478 y 481 ss., aunque más adelante no sin cierta contradicción afirma que el castigo no tiene que ser necesariamente pena de prisión sino que puede ser castigo suficiente la mera investigación y revelación de las identidades de los responsables—, otros en cambio entienden que el tribunal impone solo una obligación abstracta, u obligación de medios, no de fines —por ejemplo, Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit.

damente obstaculizado por los actos u omisiones de las autoridades.¹³ Sin embargo, de afirmar la necesidad de una investigación efectiva que pueda llevar a los acusados a juicio a afirmar una obligación de castigo por el Estado, independiente de los intereses de la víctima,¹⁴ o prohibir la amnistía,¹⁵ o incluso la atenuación de la pena por motivos político-criminales ajenos al contenido de injusto de los hechos o a la culpabilidad del autor,¹⁶ o la prescripción de determinados delitos en las legislaciones internas,¹⁷ hay un gran trecho, que el sistema interamericano ha recorrido (sin por cierto llegar a explicar por qué ciertas violaciones de derechos humanos son amnistiables y prescriptibles y otras no lo son,¹⁸ siendo aplicables a todas ellas los mismos deberes de garantía y derechos a

¹³ Caso *Kaya v. Turkey*, 22729/93 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Chamber) sentencia de 19 de febrero de 1998 §106. "The Court recalls that Article 13 of the Convention guarantees the availability at the national level of a remedy to enforce the substance of the Convention rights and freedoms in whatever form they might happen to be secured in the domestic legal order. The effect of Article 13 is thus to require the provision of a domestic remedy to deal with the substance of the relevant Convention complaint and to grant appropriate relief, although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they conform to their Convention obligations under this provision. The scope of the obligation under Article 13 varies depending on the nature of the applicant's complaint under the Convention. Nevertheless, the remedy required by Article 13 must be 'effective' in practice as well as in law, in particular in the sense that its exercise must not be unjustifiably hindered by the acts or the omissions of the authorities of the respondent State (see the above-mentioned *Aksoy* judgment, p. 2286, § 95; the above-mentioned *Aydın* judgment, pp. 1895-96, § 103; and the above-mentioned *Mentes* judgment, pp. 2715-16, § 89).

"107. In the instant case the applicant is complaining that he and the next-of-kin have been denied an 'effective' remedy which would have brought to light the true circumstances surrounding the killing of Abdülmenaf Kaya. In the view of the Court the nature of the right which the authorities are alleged to have violated in the instant case, one of the most fundamental in the scheme of the Convention, must have implications for the nature of the remedies which must be guaranteed for the benefit of the relatives of the victim. In particular, where those relatives have an arguable claim that the victim has been unlawfully killed by agents of the State, the notion of an effective remedy for the purposes of Article 13 entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the relatives to the investigatory procedure (see, *mutatis mutandis*, the above-mentioned *Aksoy* and *Aydın* judgments at p. 2287, § 98, and pp. 1895-96, § 103, respectively). Seen in these terms the requirements of Article 13 are broader than a Contracting State's procedural obligation under Article 2 to conduct an effective investigation (see paragraphs 86 and 87 above)".

¹⁴ Sentencia de la Corte IDH de 27 de agosto de 1998, caso *Garrido y Baigorria v. Argentina*.

¹⁵ Caso *Barrios Altos contra Perú*, serie C, n.º 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 43, *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 105-113, 116, 119.

¹⁶ Así parece desprenderse de la sentencia en 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, § 196, donde al discutirse cómo debería aplicarse la Ley de Justicia y Paz colombiana, que prevé diversos beneficios penales de naturaleza político-criminal (por ejemplo, para quien confiese, repare y dé garantías de no repetición) la Corte afirmó: "En cuanto al referido principio de proporcionalidad de la pena, la Corte estima oportuno resaltar que la respuesta que el Estado atribuye a la conducta ilícita del autor de la trasgresión debe ser proporcional al bien jurídico afectado y a la culpabilidad con la que actuó el autor, por lo que se debe establecer en función de la diversa naturaleza y gravedad de los hechos".

¹⁷ *Comunidad Moiwana contra Surinam*, § 167; caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 106-108, 113 ss.

¹⁸ Pero además uno podría pensar que la imprescriptibilidad se ha limitado en la jurisprudencia de la Corte a lo que esta viene denominando *muy graves violaciones de los derechos humanos*, referidas a violaciones masi-

un recurso efectivo y al acceso a la justicia)¹⁹ y el europeo no. Pues el TEDH impone más bien una obligación de medios y no de resultados, y no hay en el Convenio Europeo de Derechos Humanos un derecho convencionalmente reconocido de la víctima a “que se haga justicia”, dado que la obligación estatal consiste en la investigación y no en la condena.²⁰

En relación con las amnistías, en 1991, en el caso *Dujardin contra Francia*, la Comisión Europea de Derechos Humanos dio validez a una ley de amnistía aprobada en referéndum popular y posteriormente por la Asamblea Nacional francesa, con vistas a conceder la independencia a Nueva Caledonia.²¹ En contra de los argumentos de los demandantes,²² la Comisión rechazó la demanda negando que la amnistía supusiera una

vas dirigidas por el Estado, que en cierta medida coincidiría con los crímenes internacionales —lo que todavía exigiría de la Corte precisar qué instrumento internacional prohíbe la prescripción de tales hechos con carácter obligatorio para el Estado en el momento de comisión de los hechos o en el momento de su enjuiciamiento, según cómo se entienda la prescripción—. Pero lo cierto es que no ha sido así. En la llamativa decisión en el caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 116, la Corte declara imprescriptible una muerte aislada causada imprudentemente por unos malos tratos, en la que además resulta muy cuestionable la imputación objetiva del resultado, lo que desde luego no encaja en absoluto en la noción de “muy grave violación de derechos humanos” —véase Daniel Pastor: “La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, en *Jura Gentium*, II (2006), 1, accesible en <<http://www.juragentium.unif.it/es/surveys/latina/pastor.htm>>; sobre esta sentencia véase también Pablo Parenti: “La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos”, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): o. cit., pp. 215 ss. La Corte afirma en esta sentencia —§ 116—: “[...]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”. En el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, n.º 171, se quiso emplear el argumento de la imprescriptibilidad de las violaciones de los derechos humanos en un caso de negligencia médica y la Corte no lo admitió, alegando: “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”. Ante la disparidad de criterios ofrecidos en las sentencias mencionadas parecería que lo que lleva a la imprescriptibilidad es sin más la condición de funcionario público o agente del Estado del autor. En cambio, Parenti pone el acento en las demoras en el proceso achacables a la defensa del acusado; señala que parece establecerse así en el caso *Bulacio* una especie de “castigo por las dilaciones procesales” y estima además que la sentencia *Albán Cornejo* corrige la jurisprudencia anterior del caso *Bulacio*.

¹⁹ Apunta esta incoherencia Jesús María Silva Sánchez: “¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en Antonio García-Pablos de Molina (ed.): *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 162.

²⁰ Véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 30 ss. y 58 ss. y texto correspondiente.

²¹ *Dujardin et autres contre la France*, 16734/90, Commission, decisión del 2 de setiembre de 1991.

²² Las víctimas eran familiares de gendarmes franceses que según el relato fáctico de la decisión habían sido asesinados por unos cincuenta asaltantes, estando desarmados, en el curso del conflicto contra la presencia francesa en el territorio.

violación del artículo 2 (derecho a la vida), argumentando su carácter excepcional y su finalidad de resolver los conflictos entre las diversas comunidades del archipiélago, y la capacidad del Estado para hacer uso de su política criminal en busca de un equilibrio entre sus legítimos intereses y el derecho de los individuos de ver protegido por ley su derecho a la vida.²³ También reiteró que la amnistía no suponía una infracción del artículo 6 del Convenio, en tanto el derecho al proceso justo es un derecho del imputado y no comprende el derecho de las víctimas a provocar el ejercicio de un proceso penal.²⁴

Por ello Seibert-Fohr afirma que de esta decisión se deduce que para la Comisión la búsqueda de la reconciliación puede ser un fin legítimo que justifique ciertas restricciones en relación con el castigo de los autores y, al contrario que las americanas, las instituciones europeas reconocerían una diferencia entre el derecho sustantivo y su protección procesal, pues si bien el primero no puede ser derogado en ninguna circunstancia, un Estado podría abstenerse de persecuciones penales para resolver conflictos internos. De esta manera, las amnistías se entenderían en el sistema europeo de derechos humanos según esta autora como un asunto perteneciente a la esfera política con un único límite absoluto: cuando la amnistía tiene la intención precisamente de proteger a los delincuentes contra la rendición de cuentas, creando de esta manera un clima de impunidad que favorece que se sigan cometiendo las violaciones de derechos humanos.²⁵

Sin embargo, sí vemos en los últimos años algunas declaraciones que se acercan a la jurisprudencia de la Corte. En varias decisiones recientes se ha pronunciado aparentemente en otro sentido sobre la amnistía y la prescripción, aunque solo en relación con la tortura.

El TEDH tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre el problema de las amnistías en el caso *Ould Dah contra Francia*,²⁶ en 2009. Su pronunciamiento puede calificarse de tibio en relación con los realizados por su homónima americana.²⁷ A pesar de afirmar

²³ "L'Etat est en droit d'adopter, dans le cadre de sa politique criminelle, les lois d'amnistie qu'il juge nécessaires à condition toutefois qu'un équilibre soit ménagé entre les intérêts légitimes d'un Etat et l'intérêt des justiciables à ce que le droit à la vie soit protégé par la loi. En l'occurrence, la Commission estime qu'un tel équilibre a été respecté et qu'il n'a, dès lors, pas été porté atteinte à la disposition précitée".

²⁴ "Le droit d'accès à un tribunal contenu dans l'article 6 § 1 (art. 6-1) ne s'étend pas au droit de provoquer l'exercice de poursuites pénales".

²⁵ Anjia Seibert-Fohr: o. cit. pp. 141 ss.

²⁶ *Ould Dah v. Francia*, 13113/03, Cour (Cinquième Section), decisión del 17 de marzo 2009.

²⁷ En cambio, Joan Garcés ("Los crímenes de lesa humanidad en España ante el Tribunal Supremo", en Josep Tamarit [coord.]: *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, 2010, p. 178) interpreta que en esta sentencia el TEDH "ha reiterado la incompatibilidad entre los delitos objeto del artículo 7.2 del CEDH y la amnistía". Sin embargo, estimo que el TEDH no manifiesta esa incompatibilidad de manera tajante y absoluta, y en segundo lugar, los delitos por los que el demandante fue juzgado en Francia eran delitos comunes

que, “al igual que el Comité de Derechos Humanos y el TPIY, el Tribunal considera que las amnistías son *generalmente* incompatibles con el deber de los Estados de investigar”,²⁸ a continuación matiza que “ciertamente no podemos excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos, y, por otro, el deseo de reconciliación del cuerpo social de un país”, a lo que añade que sin embargo en el caso concreto no se ha realizado tal proceso de reconciliación,²⁹ con lo que parece seguir la línea de argumentación iniciada en *Dujardin contra Francia*. El Tribunal no llega a expresar de manera tajante que considere nulas en derecho internacional las leyes de amnistía en general, aunque afirma:

Sin embargo, como el Tribunal ya ha señalado, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Por tanto, no puede ponerse en entredicho la obligación de juzgar esos actos concediendo la impunidad mediante la adopción de una ley de amnistía que podría ser considerada como abusiva según el derecho internacional.

Y concluye que, además, la amnistía de un sujeto ante los tribunales de su país no se opone a la aplicación a los hechos de la ley francesa por la jurisdicción francesa en ejercicio del principio de jurisdicción universal.³⁰ Lo cierto es que, por otra parte, al tratarse de una decisión de inadmisión en que el demandante era precisamente el amnis-

de tortura, y en ningún lugar se establece su calificación como o su relación con aquellos a los que se pudiera referir el artículo 7.2.

²⁸ Cursivas añadidas.

²⁹ La ley de amnistía mauritana es de 1993 y extiende sus efectos a hechos ocurridos en 1990 y 1991. Los pronunciamientos de órganos internacionales sobre la incompatibilidad de las amnistías con los deberes de investigar comienzan en los años 2000. De hecho, la Comisión IDH no condenó la amnistía guatemalteca cuando tuvo la oportunidad en 1983 —véase sobre este dato y sobre la evolución de la consideración de las amnistías en el sistema interamericano de protección de derechos humanos Anjia Seibert-Fohr: *Prosecuting serious human rights violations*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 85 ss. Una referencia detallada a los pronunciamientos de instituciones internacionales contra las amnistías puede verse en la reciente sentencia de la Corte IDH de 24 de febrero de 2011 (fondo y reparaciones), caso *Gelman contra Uruguay*, nm. 195 ss. A pesar de que la idea se desarrolla en dicha época, la Corte la ha aplicado a normas sobre amnistía anteriores, especialmente de finales de los ochenta y los noventa, e incluso recientemente a la ley de amnistía brasileña —ley n.º 6.683, del 28 de agosto de 1979, que es la norma sobre amnistía más antigua sobre la que se ha pronunciado hasta el momento—; caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) contra Brasil*, sentencia de 24 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), caso en el que además la Convención se aplica retroactivamente, recurriendo para ello a la ficción de la violación independiente y permanente (véase Alicia Gil: “Breve comparación de los mecanismos de superación del pasado adoptados en las transiciones brasileña y española”, en *Transición y gobernabilidad. La administración de la Defensa en Brasil y España*, Madrid: IUGM (en prensa). Con detalle sobre el tratamiento de las amnistías por la Corte, Javier Dondé: o. cit. pp. 277 ss.

³⁰ “A l’instar du Comité des droits de l’homme des Nations Unies et du TPIY, elle considère que l’amnistie est généralement incompatible avec le devoir qu’ont les États d’enquêter sur de tels actes.

tado y luego condenado, que alegaba infracción del artículo 7 (principio de legalidad), el Tribunal no se extendió demasiado en la fundamentación que el rechazo a la amnistía podría tener en la propia CEDH.

Ya antes, en 2004, en el caso *Abdülsamet Yaman contra Turkey* el Tribunal había señalado que para los propósitos del recurso efectivo del artículo 13 del Convenio es de suma importancia que los procesos penales y las sentencias por las torturas y malos tratos cometidos por agentes del Estado no prescriban, y que además no *deberían* permitirse las amnistías e indultos de estos delitos.³¹ El Tribunal no habla de *graves violaciones, violaciones masivas* o de *crímenes internacionales*, sino al parecer de cualquier delito de tortura o malos tratos, aunque sea aislado, cometido por un agente estatal.³² La referencia a las amnistías en esta decisión está expresada en condicional, de forma que parece más una recomendación, y no se desarrolla la argumentación sobre qué precepto del Convenio apoyaría la prohibición de un posible indulto.³³ En el mismo sentido se pronunció de

"Force est de constater qu'en l'espèce la loi d'amnistie mauritanienne est intervenue non pas après jugement et condamnation du requérant, mais précisément en vue d'empêcher toute poursuite pénale à l'encontre de celui-ci. Certes, d'une manière générale, on ne saurait exclure la possibilité d'un conflit entre, d'une part, la nécessité de poursuivre les crimes commis et, d'autre part, la volonté de réconciliation du corps social d'un pays. En tout état de cause, aucun processus de réconciliation de ce type n'a été mis en place en Mauritanie. Cependant, comme la Cour l'a déjà relevé, l'interdiction de la torture occupe une place primordiale dans tous les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme et consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. On ne saurait dès lors remettre en cause l'obligation de poursuivre de tels faits en accordant l'impunité à son auteur par l'adoption d'une loi d'amnistie susceptible d'être qualifiée d'abusives au regard du droit international. La Cour relève au demeurant que ce dernier n'exclut pas le jugement d'une personne amnistiée avant jugement dans son Etat d'origine par un autre Etat, ce qui ressort par exemple de l'article 17 du Statut de la Cour pénale internationale qui ne compte pas cette situation au nombre des causes d'irrecevabilité d'une affaire".

³¹ *Abdülsamet Yaman v. Turkey*, Application n.º 32446/96, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 2 de noviembre de 2004, § 55: "The Court further points out that where a State agent has been charged with crimes involving torture or ill-treatment, it is of the utmost importance for the purposes of an 'effective remedy' that criminal proceedings and sentencing are not time-barred and that the granting of an amnesty or pardon should not be permissible. The Court also underlines the importance of the suspension from duty of the agent under investigation or on trial as well as his dismissal if he is convicted (see Conclusions and Recommendations of the United Nations Committee against Torture: Turkey, 27 May 2003, CAT/C/CR/30/5)".

³² Aunque el TEDH no haga ninguna referencia a ello en las sentencias que acabamos de comentar, quizás tenga que ver el hecho de que Turquía ha sido condenada por cerca del cincuenta por ciento del total de casos en que se ha declarado la violación del artículo 3 del CEDH en el último decenio. Véase Javier Chinchón Álvarez: "Turquía y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre tortura: algunas reflexiones tras los casos *Getirem*, *Kemal Kahraman*, *Osman Karademir*, *Osmanoğlu*, *Bağlık* y otros, *contra Turquía*" en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 13, n.º 33, mayo-agosto de 2009, p. 612. Es por ello que quizás, referido al caso concreto, una práctica generalizada de indulto mientras se están cometiendo los delitos efectivamente genere un clima de impunidad y anime a la prosecución de las violaciones de derechos humanos, caso que habría que distinguir absolutamente de un indulto por un delito ya cometido cuando el clima de violación de derechos humanos ha cesado. En este último caso, en mi opinión, no hay duda de que no existe fundamento alguno para prohibir un indulto.

³³ La Corte IDH no ha llegado por el momento a declarar contrario a la Convención de forma clara un concreto indulto, aunque parece manifestarse en contra cuando en la sentencia en 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, afirma,

nuevo en 2009, en el caso *Yeter contra Turquía*, donde reiteró que los procesos y las penas por delitos de tortura cometidos por agentes del Estado no deben prescribir y que *no debería* permitirse la concesión de una amnistía o indulto.³⁴

Habrà que esperar a que el Tribunal tenga que decidir de nuevo en un caso de amnistía tras un cambio de régimen para comprobar si estas decisiones sobre torturas suponen un cambio de la consideración en general sobre la amnistía o si, por el contrario, se mantiene la interpretación de *Seibert-Fohr*. Es decir, para comprobar si los órganos europeos de derechos humanos han pasado, como sus homónimos americanos, a considerar contrarias al Convenio cualquier tipo de amnistía o, por el contrario, se mantienen en la opinión de que solo lo son aquellas políticas de concesión automática de indultos o promesas de amnistía o simple falta de persecución de hecho que en la práctica suponen una derogación de la protección legal de los derechos humanos y generan la comisión de nuevas violaciones, pero no en cambio aquellas otras que no tienen este efecto sino que se dictan de manera excepcional una vez que cesa la situación que generaba las violaciones de derechos humanos con vistas a la reconciliación nacional.

2. La aplicación retroactiva de los propios Convenios de derechos humanos

La Corte IDH había llegado antes que el TEDH a independizar las obligaciones de perseguir y castigar de la necesidad de la previa constatación de una violación de la Convención Interamericana de Derechos humanos (cuando, como vimos, estas habían nacido como un desarrollo del derecho a un recurso efectivo por la violación de la CADH y de su deber de garantía), al afirmar tales deberes incluso por hechos cometidos antes de la ratificación de la Convención por el Estado demandado y calificar su no

§ 193: "Para que el Estado satisfaga el deber de garantizar adecuadamente diversos derechos protegidos en la Convención, entre ellos el derecho de acceso a la justicia y conocimiento y acceso a la verdad, es necesario que cumpla su deber de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar y reparar las graves violaciones a los derechos humanos. Para alcanzar ese fin el Estado debe observar el debido proceso y garantizar, entre otros [...] *el cumplimiento de la sentencia*" (cursivas añadidas).

³⁴ *Yeter v. Turkey*, 33750/03 Court (Second Section) Judgment (Merits and Just Satisfaction) 13 enero 2009, parr. 70: "[...] although the accused police officers were suspended from duty, the disciplinary proceedings against them were terminated as they benefited from Amnesty Law no. 4455. As a result, no disciplinary sanction was imposed on them. In this connection, the Court reaffirms that when an agent of the State is accused of crimes that violate Article 3, the criminal proceedings and sentencing must not be time-barred and the granting of an amnesty or pardon should not be permissible".

cumplimiento como violación de la Convención,³⁵ lo que supuso una aplicación retroactiva de la CADH,³⁶ contraria por tanto a la irretroactividad proclamada en artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.³⁷ Como la Corte en puridad no podía sustentar estos deberes en la obligación de recurso por infracción de la Convención, que surgiría solo de la constatación de la violación sustantiva de esta, los sustentó en la ficción³⁸ de una violación continuada o permanente diferente.³⁹ Es decir, si bien la Corte rechaza pronunciarse sobre, por ejemplo, muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención,⁴⁰ y por ello no puede calificar tampoco en estos casos

³⁵ Por ejemplo, en el caso de la *Comunidad Moiwana contra Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 15 de junio de 2005, serie C, n.º 124, § 43, Surinam había ratificado la Convención el 12 de noviembre de 1987 y se le demandaba por no haber investigado y castigado una masacre cometida en 1986. La Corte afirmó sin embargo su competencia, en contra de las alegaciones del Estado, argumentando que “la Corte distingue tanto entre presuntas violaciones a derechos de la Convención Americana que son de naturaleza continua y presuntas violaciones ocurridas después del 12 de noviembre de 1987. En relación con las primeras, el Tribunal advierte que se ha alegado la perpetración de una masacre en 1986; como consecuencia de ella, habría nacido para el Estado la obligación de investigar, procesar y juzgar a los responsables. Tanto es así que el propio Estado inició esta investigación en 1989. La referida obligación podía ser examinada a contar de la fecha del reconocimiento por Suriname de la competencia de la Corte. El examen de la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado respecto a esta investigación, a la luz de los artículos 8, 25 y 1.1 de la Convención, es de competencia de esta Corte”. Esta forma de actuar se repite en los casos de desapariciones forzadas en los que la detención de la víctima se cometió antes de la ratificación de la Convención por el Estado demandado, con el argumento de que las distintas violaciones de los derechos humanos que suponen la desaparición forzada continúan produciéndose hasta que se da razón de la suerte o paradero de la víctima, y afirma una violación continua de los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con los parientes; véase, por ejemplo, *Hermanas Serrano-Cruz contra El Salvador* (sentencia del 23 de noviembre de 2004, objeciones preliminares), § 85. Sobre la jurisprudencia que califica como violación de la Convención el no cumplimiento de las obligaciones de investigar y perseguir a pesar de que los hechos que motivarían tales obligaciones queden fuera de la jurisdicción de la Corte, véase también Naomi Roht-Arriaza: o. cit. (1990), p. 484.

³⁶ Kai Ambos: *Impunidad y derecho penal internacional*, 2.ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 139; muy crítico también Pablo A. Ormachea: “Recent developments: Moiwana village: the Inter-American Court and the ‘continuing violation’ doctrine”, en *Harvard Human Rights Journal*, n.º 19, pp. 284 ss.

³⁷ “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”.

³⁸ T. Russell Gibson: “True Fiction: Competing Theories of International Legal Legitimacy and a Court’s Battle with Ratione Temporis”, en *International Comparative Law Review*, Loyola Law School, Los Angeles, vol. 29, pp. 154, 158 ss.

³⁹ Pablo A. Ormachea: o. cit., pp. 284 ss.

⁴⁰ Así, caso de las *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Corte IDH, serie C, n.º 118 (2004), § 77: “Consecuentemente, con fundamento en lo antes señalado, el Tribunal resuelve que se encuentran excluidos por la limitación del reconocimiento de la competencia de la Corte realizada por El Salvador, los hechos que la Comisión alega en relación con la supuesta violación a los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 7 (Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, como una situación violatoria que tuvo su inicio de ejecución en junio de 1982, trece años antes de que El Salvador reconociera la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, con la supesta ‘captura’ o ‘toma en custodia’ de las niñas por militares del Batallón Atlacatl y su ‘posterior desaparición’. [...]

la ausencia de una investigación directamente como una violación del derecho a la vida por infracción de la obligación de recurso, para estos supuestos ha desarrollado la idea de que la falta de investigación de una muerte o desaparición⁴¹ ocurrida con anterioridad a la firma de la convención constituyen una violación independiente y continuada, bien del derecho a la tutela judicial,⁴² bien de la integridad moral de los supervivientes y familiares,⁴³ que al persistir en el presente otorga competencia a la Corte. Con ello consigue el mismo efecto: condenar al Estado por la no investigación de un hecho anterior a la ratificación de la Convención.

Nótese que tanto la redacción como la interpretación del derecho a un proceso equitativo y a un recurso son mucho más amplios en la Convención americana que en la europea. El artículo 8 CADH regula las garantías judiciales, entre ellas el derecho de acceso a la justicia, y la Corte IDH, al contrario que el TEDH respecto del paralelo derecho europeo a un juicio justo, lo entiende también como un derecho de las víctimas, y el 25 recoge el derecho al recurso por violación de los derechos reconocidos en la ley, la Constitución o la Convención, a diferencia del 13 CEDH, que se refiere solo a la violación de derechos reconocidos por la Convención. Estas diferencias llevarían al TEDH a seguir necesariamente una argumentación distinta al intentar seguir el camino de la Corte.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDH) venía negando de manera constante en sus decisiones que exista violación del artículo 2.3 del PIDCP cuando las violaciones de derechos humanos se hubiesen producido

⁷⁹ Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención (supra § 73), 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”.

Y en el caso *Blake v. Guatemala*, sentencia de 2 de julio de 1996 (excepciones preliminares), § 33 y 34, rechaza pronunciarse sobre la detención y la muerte de la víctima cometida antes de la entrada en vigor de la Convención, pero lo hace sobre los efectos de su desaparición, que se prolongó hasta después de la ratificación.

⁴¹ *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, § 84. La Corte considera que todos aquellos hechos acaecidos con posterioridad al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador referentes a las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación con su artículo 1.1, no están excluidos por la limitación realizada por el Estado, puesto que se trata de actuaciones judiciales que constituyen hechos independientes cuyo principio de ejecución es posterior al reconocimiento de la competencia de la Corte por El Salvador, y que podrían configurar violaciones específicas y autónomas de denegación de justicia ocurridas después del reconocimiento de la competencia del Tribunal.

⁴² En *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* la Corte afirma su competencia por violación de los artículos 8 y 25, relativos a la tutela judicial.

⁴³ En el caso *Comunidad Moiwana contra Surinam* la Corte concluyó violación del artículo 5 (derecho a la integridad física y moral) por el sufrimiento causado a supervivientes y familiares por la ausencia de investigación.

antes de la entrada en vigor del PIDCP, y aunque, por ejemplo, una ley de amnistía que impide su persecución y castigo se haya promulgado después de esa entrada en vigor, apoyándose en la literalidad del artículo, ya que el derecho al recurso solo nace desde que una violación del Pacto ha sido establecida, y para establecer una violación del Pacto tiene que estar vigente el Pacto en el momento de la violación.⁴⁴ A pesar de que el CDH

⁴⁴ El Comité declaró la irretroactividad del pacto incluso para los casos de desapariciones en los que la víctima seguía desaparecida. Véase *Y. S. E. contra Argentina* (comunicación n.º 275/1988: Argentina, 04/04/90; CCPR/C/38/D/275/1988; CCPR/C/38/D/275/1988, 4 de abril de 1990) y *R. A., V. N. et al. contra Argentina* (comunicaciones n.ºs 343, 344 y 345/1988: Argentina, 05/04/90; CCPR/C/38/D/343/1988; CCPR/C/38/D/343/1988, 5 de abril de 1990): “Con respecto a la aplicación *ratione temporis* del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Protocolo Facultativo a la Argentina, el Comité recuerda que ambos instrumentos entraron en vigor el 8 de noviembre de 1986. Observa que el Pacto no puede aplicarse retroactivamente y que el Comité no puede *ratione temporis* examinar presuntas violaciones que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado parte [...] el Comité recuerda su jurisprudencia anterior en que estima que el artículo 2 del Pacto constituye un compromiso general adquirido por los Estados que los particulares no pueden invocar en forma aislada con arreglo al Protocolo Facultativo (*M. G. B. v S. P. contra Trinidad y Tobago*, comunicación n.º 268 / 1987, § 6.2, declarada inadmisibles el 3 de noviembre de 1989). En la medida en que los autores invocan el artículo 2 conjuntamente con otros artículos del Pacto, el Comité observa que el apartado a del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto estipula que cada uno de los Estados partes se compromete ‘a garantizar que toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo [...]’. Así, pues, de conformidad con el artículo 2, el derecho a interponer un recurso surge tan solo después de establecerse que ha habido violación de un derecho consagrado en el Pacto. Sin embargo, los casos de desaparición y muerte, que podrían haber constituido violaciones de diversos artículos del Pacto, y respecto de los cuales podrían haberse interpuesto recursos, se produjeron antes de la entrada en vigor para la Argentina del Pacto y del Protocolo Facultativo. Por lo tanto, el Comité no puede examinar la cuestión, puesto que esa parte de la comunicación es inadmisibles *ratione temporis*. 5.4 El Comité considera necesario recordar al Estado parte que, en relación con violaciones que hubieran tenido lugar o siguieran produciéndose después de la entrada en vigor del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de investigar las violaciones denunciadas y de proporcionar recursos legales a las víctimas o sus familiares a cargo, según proceda. 5.5 En la medida en que los autores afirman que la promulgación de la ley n.º 23.521 menoscabó su derecho a que ciertos funcionarios del Gobierno fueran procesados, el Comité remite a su jurisprudencia anterior en virtud de la cual el Pacto no establece el derecho a que una persona haga que el Estado enjuicie penalmente a otra persona (*H. C. M. A. contra los Países Bajos*, comunicación n.º 213/1986, § 11.6, declarada inadmisibles el 30 de marzo de 1989). En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisibles *ratione materiae* por ser incompatible con las disposiciones del Pacto” (cursivas añadidas). En sentido similar *Acuña Inostroza et al. contra Chile* (Communication n.º 717/1996: 16/09/99; CCPR/C/66/D/717/1996), en la que el Comité afirma: “Le Comité note que les faits qui ont donné lieu aux plaintes des auteurs se sont produits avant la ratification par l’État partie du Protocole facultatif, le 23 mars 1976. Ces plaintes sont donc irrecevables *ratione temporis*”, en el mismo sentido, en el caso *Maria Otilia Vargas contra Chile*, decisión del 26 julio de 1999, Communication n.º 718/1996: Chile, 24/09/1999; CCPR/C/66/D/718/1996/Rev.1 (Jurisprudence), relativo a la desaparición de una persona en 1973 cuya muerte posteriormente se confirmó que se había producido ese mismo año, el Comité afirmó: “[...] the acts giving rise to the claims related to the death of Mr. Pérez Vargas occurred prior to the international entry into force of the Covenant, on 23 March 1976, hence, these claims are inadmissible *ratione temporis*”. No creo que exista un cambio de postura en *Mr. S. Jegatheeswara Sarma Sarma v. Sri Lanka*, decisión de 16 julio 2003, CCPR/C/78/D/950/2000 31 July 2003, pues no es un verdadero caso de aplicación retroactiva del Pacto, que el Estado había ratificado 10 años antes de la detención ilegal y subsiguiente desaparición de la víctima, sino solo de la competencia del Comité para examinar comunicaciones individuales, que Sri Lanka aceptó solo a partir de 1997. En este caso el Comité apreció violación no solo del artículo 7, por los sufrimientos que el no esclarecimiento de los hechos causaba a los familiares, sino también violación de los artículos 7 y 9 del Pacto en la persona del desaparecido. En 2005 el CDH confirmó su jurisprudencia anteriormente comentada en *Yurich contra Chile* Communication n.º 1078/2002, U. N. Doc. CCPR/C/85/D/1078/2002 (2005), decisión del

se ha mantenido constante en esta jurisprudencia, en los últimos años, influido sin duda por las resoluciones de la Corte IDH, ha desarrollado paralelamente una doctrina que afirma que la no investigación de un hecho sucedido antes de la entrada en vigor del Pacto (hecho que por lo tanto no supuso una violación de este), puede constituir sin embargo una violación permanente de la prohibición de tratos inhumanos, cometidos esta vez en las personas de los familiares, por la angustia y el sufrimiento psicológico que la falta de conocimiento les produce.⁴⁵

12 de diciembre del 2005: "6.3 *The Committee notes that the facts complained of by the author in connection with her daughter's disappearance occurred prior to the entry into force not only of the Optional Protocol but also of the Covenant. The Committee recalls the definition of enforced disappearance contained in article 7, paragraph 2 (i), of the Rome Statute of the International Criminal Court: 'Enforced disappearance of persons' means the arrest, detention or abduction of persons by, or with the authorization, support or acquiescence of, a State or a political organization, followed by a refusal to acknowledge that deprivation of freedom or to give information on the fate or whereabouts of those persons, with the intention of removing them from the protection of the law for a prolonged period of time. In the present case, the original acts of arrest, detention or abduction, as well as the refusal to give information about the deprivation of freedom - both key elements of the offence or violation - occurred before the entry into force of the Covenant for the State party.*

"6.4 Furthermore, upon the submission of the communication, the State party, far from refusing to acknowledge the detention, admitted and assumed responsibility for it. In addition, the author makes no reference to any action of the State party after 28 August 1992 (the date on which the Optional Protocol entered into force for the State party) that would constitute a confirmation of the enforced disappearance. Accordingly, the Committee considers that even if the Chilean courts, like the Committee, regard enforced disappearance as a continuing offence, the State party's declaration *ratione temporis* is also relevant in the present case. In the light of the foregoing, the Committee finds that the communication is inadmissible *ratione temporis* under article 1 of the Optional Protocol. The Committee does not deem it necessary, therefore, to address the question of the exhaustion of domestic remedies".

⁴⁵ Así en *Mariam Sankara et al. v. Burkina Faso*, Communication n.º 1159/2003, U.N. Doc. C/PR/C/86/D/1159/2003 (2006), decisión del 28 marzo de 2006, en la que el CDH aprecia violación del artículo 7 PIDCP (tratos inhumanos o degradantes sobre los familiares) por la no investigación de un hecho cometido 12 años antes de la entrada en vigor del Pacto para el Estado demandado. Es de destacar que no aprecia, sin embargo, violación del artículo 6 por la no investigación de la muerte de la víctima, ya que este hecho queda fuera de la aplicación del Pacto. § 6.2: "*The Committee noted the State party's arguments concerning the inadmissibility of the communication ratione temporis. Having also noted the authors' arguments, the Committee considered that a distinction should be drawn between the complaint relating to Mr. Thomas Sankara and the complaint concerning Ms. Sankara and her children. The Committee considered that the death of Thomas Sankara, which may have involved violations of several articles of the Covenant, occurred on 15 October 1987, hence before the Covenant and the Optional Protocol entered into force for Burkina Faso. (17) This part of the communication was therefore inadmissible ratione temporis. Thomas Sankara's death certificate of 17 January 1988, stating that he died of natural causes - contrary to the facts, which are public knowledge and confirmed by the State party (§ 4.2 and 4.7) - and the authorities' failure to correct the certificate during the period since that time must be considered in the light of their continuing effect on Ms. Sankara and her children.*

"6.3 In conformity with its jurisprudence, (18) the Committee was of the view that it could not consider violations which occurred before the entry into force of the Optional Protocol for the State party unless those violations continued after the Protocol's entry into force. A continuing violation is to be interpreted as an affirmation, after the entry into force of the Optional Protocol, by act or by clear implication, of previous violations by the State party. The Committee took note of the authors' arguments concerning, first, the failure of the authorities to conduct an inquiry into the death of Thomas Sankara (which was public knowledge) and to prosecute those responsible - allegations which are not in fact challenged by the State party. [...]

"12.2 Concerning the alleged violation of article 7, the Committee understands the anguish and psychological pressure which Ms. Sankara and her sons, the family of a man killed in disputed circumstances, have suffered and continue

El TEDH venía manteniendo en jurisprudencia constante hasta el año 2009 que el Convenio no es aplicable a hechos cometidos antes de su entrada en vigor.⁴⁶ Ni siquiera admitía que la falta de investigación de una muerte cometida antes de la entrada en vigor del CEDH constituyera una violación del Convenio,⁴⁷ pues proceder de tal manera constituiría una imposición al Estado de obligaciones dimanantes del Convenio de forma retroactiva.⁴⁸ Sin embargo, en los últimos años, en una serie de decisiones vacilantes y contradictorias, ha intentado seguir el camino de la Corte IDH.

to suffer because they still do not know the circumstances surrounding the death of Thomas Sankara, or the precise location where his remains were officially buried".

⁴⁶ *Blečić, v. Croacia*, 59532/00 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia del 8 de marzo de 2006, § 70: "The Court reiterates that, in accordance with the general rules of international law (see paragraph 45 above), the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see, for example, *Kadiķis v. Latvia (dec.)*, no. 47634/99, 29 June 2000)"; también en *Moldovan y otros v. Rumania*, The European Court of Human Rights (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001. Esto lo sigue afirmando en cada sentencia aunque luego lo incumpla, véase *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia de 18 de setiembre de 2009, § 130: "It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party".

⁴⁷ *Moldovan y otros v. Rumania* (First Section), partial decision as to the admissibility, 13/03/2001: "In the present case, the Court notes that the killings happened in September 1993 before the entry into force of the Convention with regard to Romania, esto es, 20 June 1994. However, in accordance with the generally recognised rules of international law, the Convention only applies in respect of each contracting party to facts subsequent to its coming into force for that party. The possible existence of a continuing situation must be determined, if necessary ex officio, in the light of the special circumstances of each case (e.g., Nos. 8560/79 and 8613/79 (joined), Dec. 3.7.79, D.R. 16, p. 209). The Court must therefore verify whether it is competent *ratione temporis* to examine the present complaint.

"It observes however that the alleged obligation under the Convention of the Romanian authorities to conduct an effective investigation capable of leading to the identification and punishment of all individuals responsible for the deaths of the applicants' relatives is derived from the aforementioned killings whose compatibility with the Convention cannot be examined by the Court.

"It follows that this complaint is incompatible *ratione temporis* with the provisions of the Convention within the meaning of Article 35 § 3".

⁴⁸ *Blečić, v. Croacia*, § 79: "Therefore, in cases where the interference pre-dates ratification while the refusal to remedy it post-dates ratification, to retain the date of the latter act in determining the Court's temporal jurisdiction would result in the Convention being binding for that State in relation to a fact that had taken place before the Convention came into force in respect of that State. However, this would be contrary to the general rule of non-retroactivity of treaties (see paragraphs 45 and 70 above).

"80. Moreover, affording a remedy usually presupposes a finding that the interference was unlawful under the law in force when the interference occurred (*tempus regit actum*). Therefore, any attempt to remedy, on the basis of the Convention, an interference that had ended before the Convention came into force would necessarily lead to its retroactive application.

"81. In conclusion, while it is true that from the ratification date onwards all of the State's acts and omissions must conform to the Convention (see *Yağcı and Sargin v. Turkey*, 8 June 1995, § 40, Series A no. 319-A), the Convention imposes no specific obligation on the Contracting States to provide redress for wrongs or damage caused prior to that date (see *Kopecký v. Slovakia [GC]*, no. 44912/98, § 38, ECHR 2004-IX). Any other approach would undermine both the principle of non-retroactivity in the law of treaties and the fundamental distinction between violation and reparation that underlies the law of State responsibility".

La más llamativa es la sentencia del 9 de abril de 2009 en el caso *Šilih contra Eslovenia*, en la que el TEDH dio un paso más al independizar absolutamente la obligación de investigar, cuyo incumplimiento daría lugar a una violación del artículo 2 (derecho a la vida), de la constatación de la existencia de una violación propia del derecho a la vida,⁴⁹ y al pretender con ello, además, que por tanto podía exigirse incluso por muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención, pero basando tal exigencia —y esto es lo diferente y llamativo— directamente en el artículo 2,⁵⁰ sin apelar a otras violaciones continuadas (como hace en cambio la Corte IDH, que fundamenta su argumentación en la infracción del derecho de acceso a la justicia o en el derecho a la integridad de los familiares).

En mi opinión, en esta sentencia el TEDH fue demasiado lejos porque, al independizarla de la previa constatación de la violación del artículo 2, la afirmación de tal obligación de investigación carece de base legal, además de contradecir absolutamente su jurisprudencia anterior e incluso la doctrina del CDH, que por lo menos fundamentaba en estos casos la obligación independiente de investigar la violación de otro derecho: la integridad de los familiares.

Para que esta nueva interpretación no se convierta en una obligación de investigar todas las muertes de la historia de un país, el Tribunal ha inventado una serie de requisitos o límites.⁵¹ En particular, afirma que “debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención en relación con el Estado demandado”, lo que

⁴⁹ Sobre las diferencias entre la apelación al derecho al recurso efectivo recogido en el artículo 13 por la constatación de la violación por el Estado de un derecho protegido en la Convención y la afirmación de la violación del propio derecho, por ejemplo, afirmación de violación del artículo 2 (derecho a la vida) cuando no investiga una muerte que el TEDH no ha podido calificar de violación directa por el Estado del artículo 2, véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 61 ss. y texto correspondiente.

⁵⁰ § 159: “Against this background, the Court concludes that the procedural obligation to carry out an effective investigation under Article 2 has evolved into a separate and autonomous duty. Although it is triggered by the acts concerning the substantive aspects of Article 2 it can give rise to a finding of a separate and independent “interference” within the meaning of the *Blečić* judgment (cited above, § 88). In this sense it can be considered to be a detachable obligation arising out of Article 2 capable of binding the State even when the death took place before the critical date”.

⁵¹ § 161: “However, having regard to the principle of legal certainty, the Court’s temporal jurisdiction as regards compliance with the procedural obligation of Article 2 in respect of deaths that occur before the critical date is not open-ended.

“162. First, it is clear that, where the death occurred before the critical date, only procedural acts and/or omissions occurring after that date can fall within the Court’s temporal jurisdiction.

“163. Second, there must exist a genuine connection between the death and the entry into force of the Convention in respect of the respondent State for the procedural obligations imposed by Article 2 to come into effect.

“Thus a significant proportion of the procedural steps required by this provision – which include not only an effective investigation into the death of the person concerned but also the institution of appropriate proceedings for the purpose of determining the cause of the death and holding those responsible to account (*Vo*, cited above, § 89) – will have been or ought to have been carried out after the critical date.

no explica qué quiere decir. Posteriormente, en *Varnava y otros contra Turquía*, sentencia del 18 de septiembre de 2009,⁵² el Tribunal ha interpretado que entre los requisitos a los que se refiere el caso *Šilih* está el de una proximidad temporal entre la muerte y su investigación y la entrada en vigor de la Convención.⁵³ Pero tampoco se especifica hasta dónde se extendería ese límite temporal ni cuál es su fundamento. Por otro lado, en los últimos años, en distintas sentencias contra Turquía,⁵⁴ el Tribunal ha desarrollado la doctrina según la cual el hecho de que un Estado omita realizar una investigación eficaz destinada a aclarar el paradero y la suerte de personas “desaparecidas en circunstancias que ponen en riesgo la vida” constituye una violación persistente de su obligación procesal de proteger el derecho a la vida (una violación directa, por tanto, del artículo 2 del Convenio), y la no investigación de la desaparición de una persona detenida supone asimismo una violación continuada del derecho a la libertad y la seguridad (artículo 5). Turquía alegó en estos casos la falta de competencia *ratione temporis* del Tribunal (en puridad, no se trataba de una aplicación retroactiva de la Convención, que Turquía había ratificado 20 años antes de los hechos, sino solo de la competencia de la Corte, que el Estado había reconocido con posterioridad), lo que llevó al Tribunal a seguir la doctrina de la violación continuada.

Pero especialmente interesante es el caso *Varnava y otros contra Turquía*, juzgado en septiembre de 2009,⁵⁵ en el que se demandaba al Estado por la desaparición, en 1974, de 18 ciudadanos chipriotas tras su detención por el ejército turco en el norte de Chipre. El Tribunal tuvo la ocasión de analizar tanto las decisiones de la Corte IDH como las del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y, tras afirmar que el Convenio no era aplicable a actos cometidos antes de su entrada en vigor,⁵⁶ concluyó

“However, the Court would not exclude that in certain circumstances the connection could also be based on the need to ensure that the guarantees and the underlying values of the Convention are protected in a real and effective manner”.

⁵² *Varnava y otros v. Turkey* 16064/90; 16065/90; 16066/90, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 18/09/2009, § 149: “[...] the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths”.

⁵³ En el caso *Silih* la víctima había muerto un año antes de la entrada en vigor de la Convención para Eslovenia

⁵⁴ Sentencia del 10 de mayo de 2001, *Cyprus v. Turkey*, solicitud n.º 25781/94, § 136 y 150; *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia de 18 de septiembre de 2009. Sobre esta sentencia véase Jenks: “Introductory Note to European Court of Human Rights: *Varnava and Others v. Turkey*”, en *International Legal Materials*, n.º 2, 2010, pp. 358 ss.

⁵⁵ *Varnava y otros v. Turkey*, Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) sentencia del 18 de septiembre de 2009.

⁵⁶ *Varnava y otros v. Turkey*, sentencia del 18 de septiembre 2009, § 130: “It is beyond dispute that in accordance with the general rules of international law (see, in particular Article 28 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of 23 May 1969) the provisions of the Convention do not bind a Contracting Party in relation to any act or fact which took place or any situation which ceased to exist before the date of the entry into force of the Convention with respect to that Party (see *Blečić*, cited above, § 70; and *Silih v. Slovenia*, [GC] no. 71463/01, § 140, ECHR 2009-...). Furthermore,

que, sin embargo, en el caso la violación del artículo 2 consistía precisamente en la falta de investigación sobre la suerte de *una persona desaparecida en una situación de peligro para su vida*, violación totalmente independiente de la causación de la muerte o de la no investigación de la causación de la muerte, por cuanto estas últimas, que también se habían producido en el caso denunciado respecto de otras víctimas, al no ser continuadas y haberse producido en un momento determinado, hacía mucho tiempo, no eran de competencia de la Corte.⁵⁷ El Tribunal trató así de no caer en una contradicción absoluta

where there are proceedings instituted by an applicant to obtain redress for an act, omission or decision alleged to violate the Convention and which occur or continue after the entry into force of the Convention, these procedures cannot be regarded as part of the facts constitutive of the alleged violation and do not bring the case within the Court's temporal jurisdiction (Blečić, cited above, § 77-79).

"131. In order to establish the Court's temporal jurisdiction it is therefore essential to identify, in each specific case, the exact time of the alleged interference. In doing so the Court must take into account both the facts of which the applicant complains and the scope of the Convention right alleged to have been violated (Blečić, § 72)".

⁵⁷ § 136: "[...] The lack of an effective investigation itself is the heart of the alleged violation. It has its own distinct scope of application which can operate independently from the substantive limb of Article 2, which is concerned with State responsibility for any unlawful death or life-threatening. [...]

*"138. In so far as the respondent Government relied on cases such as Moldovan and Others and Kholodov and Kholodova (see paragraph 123 above), the Court notes that these did not concern disappearances but killings. The Court has recently delivered its judgment in Šilih, cited above, which reviewed the jurisprudence on the question whether a procedural violation could be found where a death occurred before the date of acceptance of the right of individual petition and the alleged deficiencies or omissions in investigative measures took place afterwards (at § 148-152). The Grand Chamber judgment set out in detail international law materials, in particular from the Inter-American Court of Human Rights and the United Nations Human Rights Committee, which indicated that these bodies accepted jurisdiction *ratione temporis* over the procedural complaints concerning investigations into deaths even where the lethal acts had taken place before the critical date (see Šilih, § 111-118, 160). It then proceeded to clarify that the procedural obligation to carry out an investigation into deaths under Article 2 had evolved in its own case-law into a separate and autonomous duty; it could be considered to be a "detachable obligation" capable of binding the State even when the death took place before the entry into force of the Convention (see Šilih, § 153-163). [...]*

"146. The Court therefore concludes that even though a lapse of over 34 years without any news of the missing persons may provide strong circumstantial evidence that they have died meanwhile, this does not remove the procedural obligation to investigate.

"147. The Court would emphasise that, as found in Šilih v. Slovenia concerning the procedural obligation under Article 2 to investigate unlawful or suspicious deaths, the procedural obligation under Article 2 arising from disappearances operates independently of the substantive obligation. It notes that the Inter-American Court, and to some extent the Human Rights Committee, apply the same approach to the procedural aspect of disappearances (see paragraphs 93-107 above), examining allegations of denial of justice or judicial protection even where the disappearance occurred before recognition of its jurisdiction.

"148. There is however an important distinction to be drawn in the Court's case-law between the obligation to investigate a suspicious death and the obligation to investigate a suspicious disappearance. A disappearance is a distinct phenomenon, characterised by an ongoing situation of uncertainty and unaccountability in which there is a lack of information or even a deliberate concealment and obfuscation of what has occurred (see also the definitions of disappearance set out above in II B. International law documents on enforced disappearances). This situation is very often drawn out over time, prolonging the torment of the victim's relatives. It cannot therefore be said that a disappearance is, simply, an "instantaneous" act or event; the additional distinctive element of subsequent failure to account for the whereabouts and fate of the missing person gives rise to a continuing situation. Thus, the procedural obligation will, potentially, persist as long as the fate of the person is unaccounted for; the ongoing failure to provide the requisite investigation will be regarded as a continuing violation (see the fourth inter-State case, § 136). This is so, even where death may, eventually, be presumed.

con su jurisprudencia anterior, pero la argumentación, o más bien la falta de fundamentación de las excepciones y sus condiciones y límites, no evita la contradicción —en especial con la jurisprudencia constante hasta la sentencia en el caso *Šilih*, pero también con esta al establecer unos límites temporales (aunque imprecisos) para la obligación de perseguir muertes anteriores a la vigencia de la Convención—. Pero incluso cuando, como en este caso, el Tribunal admite que se puede presumir la muerte de todas las víctimas y no se demuestra que esas personas sigan en peligro de muerte, se afirma, a pesar de todo, que el paso de 34 años no elimina la obligación de investigar.⁵⁸ En el momento en que el Tribunal argumenta esta diferencia en la continuidad de los efectos de la desaparición que “prolonga el tormento de los familiares”, ya no está argumentando con base en la protección de la vida, sino de otros derechos, en cuya violación habría quizás podido fundamentar de manera más convincente su competencia.⁵⁹

El TEDH lógicamente no podía apelar —como suele hacerlo la Corte IDH— al derecho a la justicia para argumentar la obligación de investigación, enjuiciamiento y castigo, pues en jurisprudencia constante ha mantenido que el derecho a un proceso equitativo recogido en el artículo 6 del CEDH es un derecho del acusado, no de la

“149. It may be noted that the approach applied in Šilih v. Slovenia (cited above, § 163) concerning the requirement of proximity of the death and investigative steps to the date of entry into force of the Convention applies only in the context of killings or suspicious deaths, where the anchoring factual element, the loss of life of the victim, is known for a certainty, even if the exact cause or ultimate responsibility is not. The procedural obligation in that context is not of a continuing nature in the sense described above.

“IV. Conclusion

“150. The Court rejects the Government’s objections as to lack of temporal jurisdiction. Nevertheless, the question whether there was a continuing procedural obligation to investigate the fate and whereabouts of the missing men at the time of the introduction of these applications remains to be examined”.

⁵⁸ *Ibidem*, § 146. Las numerosas contradicciones están puestas claramente de manifiesto en el voto particular del juez Erönen:

“In line with my views that a presumption of death should be made, I also agree therefore with the majority that there is ‘strong circumstantial evidence that they have died’ and that this itself does not prevent a procedural obligation from arising. However, where I differ is that this duty’s existence depends on whether the Court does have temporal jurisdiction regarding the procedural obligation in the first place, which in line with the principles set down in the recent Grand Chamber judgment of Šilih, it does not.

“I also concur whole-heartedly with the reasoning of Judges Bratza and Türmen in the Šilih case, looking beyond the “detachable” obligations of Article 2’s procedural aspect:

“Divorcing the procedural obligation from the death which gave rise to it in this manner would, in our view, be tantamount to giving retroactive effect to the Convention and rendering nugatory the State’s declaration recognising the Court’s competence to receive individual applications”.

⁵⁹ Como señala Javier Chinchón Álvarez en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 13, n.º 33, mayo-agosto de 2009, p. 607, con ulteriores citas jurisprudenciales, el TEDH también ha desarrollado la idea de que “cuando concurren varias circunstancias, como un estrecho e intenso grado de parentesco familiar, el haber presenciado la desaparición forzada, así como directamente haber intentado obtener información sobre la suerte del desaparecido, y singularmente la ausencia de reacción y/o respuesta, y la actitud consiguiente, de las autoridades estatales competentes ante tales demandas, una desaparición forzada supone también la conculcación del contenido del artículo 3 del CEDH en relación a los familiares”.

víctima. No hay un derecho a la justicia —en el sentido de un derecho de las víctimas a que sus ofensores sean perseguidos y castigados penalmente— protegido en el CEDH, y es este el punto que más distancia al TEDH respecto de la Corte IDH en la materia que nos ocupa.⁶⁰

Esta doctrina del caso *Varnava* hace que un Estado pueda ser responsable por no investigar su pasado histórico sin ningún tipo de límite más que el de la supervivencia de algún interesado legitimado para interponer la demanda ante los tribunales de derechos humanos.⁶¹ Los tribunales de derechos humanos intentan con ello un desarrollo de los derechos de las víctimas en busca de una justicia material, pero lo hacen peligrosamente,⁶² a costa de la seguridad jurídica y principios tan esenciales como la irretroactividad de las obligaciones contraídas en los tratados internacionales. Peligrosamente, en cuanto, como señala Gibson,⁶³ tal actitud desincentivará a los Estados de adquirir nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego puedan serles exigidas retroactivamente. Además, estas resoluciones, especialmente cuando condenan a un Estado democrático por hechos cometidos por un pasado régimen dictatorial, como ocurrió en el caso decidido por la Corte IDH contra Surinam, dejan en el Estado condenado una sensación de injusticia por la condena en aplicación retroactiva de las nuevas obligaciones asumidas y de desconfianza en el Tribunal que de tal manera ha desconocido los límites de su compromiso voluntario hacia el futuro con los derechos humanos. Desde luego, es deseable que todos los Estados investiguen las muertes y desapariciones de personas cometidas en su pasado reciente, pero no forzándolos con obligaciones jurídicas internacionales inexistentes, sino porque es en todo caso una obligación moral de sociedades que han alcanzado la madurez y la estabilidad suficientes para hacerlo.

⁶⁰ Véase Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 55 ss. y texto correspondiente

⁶¹ Así se pregunta Pablo A. Ormachea (o. cit., pp. 287): “*But what happens if the event occurred forty years ago? Sixty years ago? Certainly, few people would hold a present government liable for its actions in the late 1800s.*”

⁶² En tanto, como señala T. Russell Gibson (o. cit., p. 166), tal actitud desincentivará a los Estados de adquirir nuevas obligaciones en materia de derechos humanos que luego puedan serles exigidas retroactivamente. Además, estas resoluciones, especialmente cuando condenan a un Estado democrático por hechos cometidos por un pasado régimen dictatorial, como ocurrió en el caso comentado contra Surinam, dejan en el Estado condenado una sensación de injusticia por la condena en aplicación retroactiva de las nuevas obligaciones asumidas y de desconfianza en el tribunal que de tal manera ha desconocido los límites de su compromiso voluntario hacia el futuro con los derechos humanos.

⁶³ T. Russell Gibson: o. cit., p. 166

3. La definición de los crímenes internacionales

Al contrario de lo que viene siendo costumbre en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,⁶⁴ el TEDH no suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, sino que se mantiene en el ámbito de su competencia y solo se pronuncia sobre la violación de derechos humanos, pues tal es su misión y el contenido del Convenio.⁶⁵ Así por ejemplo, en el caso *K. H. W. contra Alemania*⁶⁶ y en *Streletz, Kessler y Krenz contra Alemania*,⁶⁷ ambas sentencias del 22 de marzo de 2001, consideró innecesario pronunciarse sobre si los hechos constituían o no crímenes contra la humanidad, al constituir ya de manera clara y previsible una violación del derecho internacional de protección de los derechos humanos.⁶⁸

Una excepción a esta regla la encontramos en los casos en los que el demandante ha sido precisamente condenado por la comisión de crímenes internacionales, y el Tribunal se ve obligado a comprobar la tipificación de los hechos en el momento de comisión para verificar una no violación del principio de legalidad. Por ejemplo, en el caso *Korbely*⁶⁹ el TEDH recuerda que no es su tarea sustituir a las jurisdicciones internas

⁶⁴ Véase por ejemplo, Corte IDH: caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 102 ss., o Corte IDH: caso *La Cantuta contra Perú*, fondo, reparaciones y costas; sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, n.º 162, § 110, 115, 144, etcétera. Como afirma Ezequiel Malarino: "La Corte IDH [...] en los últimos tiempos, buscando acercar el derecho internacional de los derechos humanos al derecho penal internacional, ha terminado por convertirse en una suerte de Tribunal penal de última instancia" ("La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos - Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón", en *Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho Internacional y de la política*, V (2009), 1, en <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/malarino.htm>>).

⁶⁵ Crítica en cambio con este proceder, en mi opinión correcto, Sonja Grover: *The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes*, 2010, pp. 92 ss. No comprende la mencionada autora que no es la misión del TEDH calificar los hechos como delictivos, sino únicamente examinar la posible violación del Convenio por un Estado, y que con ello el TEDH no rebaja la gravedad de los hechos sino que se limita a cumplir con su tarea, que simplemente es otra distinta a la que Sonja Grover pretende.

⁶⁶ *K. H. W. v. Germany*, 37201/97 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia de 22 de marzo de 2001.

⁶⁷ *Streletz, Kessler y Krenz v. Germany*, 34044/96; 35532/97; 44801/98 Judgment (Merits) Court (Grand Chamber) sentencia de 22 de marzo de 2001

⁶⁸ STEDH de 22 de marzo de 2001, *K. H. W. v. Germany*, § 105: "In the light of all of the above considerations, the Court considers that at the time when it was committed the applicant's act constituted an offence defined with sufficient accessibility and foreseeability by the rules of international law on the protection of human rights.

"106. In addition, the applicant's conduct could be considered, likewise under Article 7 § 1 of the Convention, from the standpoint of other rules of international law, notably those concerning crimes against humanity. However, the conclusion reached by the Court (see paragraph 105 above) makes consideration of that point unnecessary".

⁶⁹ *Korbely v. Hungary*, 9174/02 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber) 19 September 2008, Con detalle sobre esta sentencia, Jon Landa y Enara Garro: "Art. 7. No hay pena sin ley", en Iñaki Lasagabaster Herrarte (dir.): *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 2.ª edición, Madrid: Civitas, 2009, pp. 281 ss.

en la interpretación de la legislación interna, incluso cuando el derecho interno reenvía a disposiciones de derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El rol del Tribunal, se afirma, se limita a verificar la compatibilidad de los efectos de la interpretación realizada con la Convención Europea de Derechos Humanos.⁷⁰ Pero a pesar de este punto de partida, en este caso se ve obligado a entrar en la interpretación del derecho internacional aplicado por los tribunales húngaros, porque en este caso el Tribunal debía asegurarse de que el acto por el que el demandante fue condenado podía “constituir, en la época en que se cometió, un crimen contra la humanidad, según el derecho internacional”. El TEDH declaró:

[Este Tribunal] es consciente de que entre sus atribuciones, no se encuentra la de pronunciarse mediante un argumento de autoridad sobre el significado de la noción de “crimen contra la humanidad” tal y como era concebida en 1956. Sin embargo, debe averiguar, a la vista del estado del derecho internacional sobre esta cuestión en la época pertinente, si la condena del demandante por esta infracción reposaba en una base suficientemente clara.⁷¹

Tras recordar que la primera definición que se dio de esta noción, aplicable en 1956, fue la del artículo 6.c del Estatuto del Tribunal Militar, que vinculaba los crímenes contra la humanidad a la guerra, el Tribunal estimó que este requisito podía no estar ya vigente en 1956, para lo que citó, además de doctrina, el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, de 1954.⁷² Pero a continuación afirmó que sí integraba el concepto de crimen contra la humanidad de la época el criterio que excluye de la categoría de crímenes contra la humanidad a los actos esporádicos o aislados, para mantener tan solo en ella los inscribibles en el marco de una “práctica o política estatal” o de un ataque masivo y sistemático contra la población civil. Añadió el Tribunal que la víctima por cuya muerte se condenó al reclamante no pertenecía a ninguna de las categorías de no combatientes protegidas por el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra,⁷³ y finalmente rechazó que dicha disposición pudiera servir razonablemente como fundamento de una condena por un crimen contra la humanidad, a la vista de las normas pertinentes de derecho internacional, aplicables a la época de los hechos.

⁷⁰ *Korbely v. Hungary*, STEDH 19 September 2008, § 39.

⁷¹ *Ibidem*, § 45.

⁷² *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional*, vol. I, p. 151. En mi opinión esta argumentación del tribunal es rigurosa y acertada, y no tiene razón Grove (o. cit., pp. 245 ss.) cuando la crítica sin fijarse en la fuerza y la fecha de los documentos que maneja y de aquellos otros que obvia.

⁷³ Más bien debía haber argumentado que la víctima no lo fue de un ataque contra una población civil.

Esta decisión del TEDH es una muestra especialmente relevante de la interacción entre las decisiones de los tribunales de derechos humanos y el derecho penal internacional, pues no solo vino a confirmar determinados aspectos de la definición del crimen contra la humanidad tal y como había sido aplicada por el tribunal nacional y a rechazar otros, sino que, como ha señalado Emanuela Fronza,⁷⁴ ha sido también utilizada como fuente por un tribunal penal mixto: las Salas Especiales del los tribunales de Camboya, para señalar que en 1956 (probablemente desde 1954) el tipo de los crímenes contra la humanidad ya no exigía la conexión con la guerra.

No había sido tan diligente el TEDH, en cambio, en el caso *Kolk y Kislyiy contra Estonia*,⁷⁵ inadmitido dos años antes. En aquella ocasión el Tribunal no quiso entrar en la discusión de si en 1949 los crímenes contra la humanidad debían cometerse o no en relación con un crimen de guerra o un crimen de agresión, y se limitó a afirmar que “la responsabilidad por crímenes contra la humanidad no puede verse limitada únicamente a los nacionales de ciertos países, ni exclusivamente a actos cometidos dentro del periodo específico de la Segunda Guerra Mundial”, aunque lo cierto es que no era esta la objeción que esgrimían los demandantes. Añadió:

La interpretación y aplicación del derecho interno recaen, en principio, bajo la jurisdicción de los tribunales nacionales [...]. Esto también es de aplicación a aquellos casos en que el derecho interno hace una remisión a reglas del derecho internacional general o a acuerdos internacionales. El papel del Tribunal se ciñe a evaluar si los efectos de tal interpretación son compatibles con el Convenio.

Sin embargo en este caso, igual que en el posterior caso *Korbely*, mejor examinado, el Tribunal debería haber analizado, a la vista del estado del derecho internacional sobre esta cuestión en la época pertinente, si la condena del demandante por esta infracción reposaba en una base suficientemente clara, lo que exigía comprobar, si seguimos los argumentos utilizados en *Korbely*, si el derecho internacional de 1949 vinculaba los crímenes contra la humanidad a la guerra.

También en el caso *Jorgic contra Alemania*⁷⁶ el Tribunal se pronunció sobre la extensión de un determinado delito, en este caso el genocidio, en el derecho internacional.⁷⁷

⁷⁴ Véase el artículo de Emanuela Fronza: “Las convenciones internacionales y la jurisprudencia de las cortes regionales en el sistema de las fuentes del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, en este mismo volumen.

⁷⁵ *Kolk y Kislyiy v. Estonia* 23052/04; 24018/04 Court (Fourth Section), decisión del 17 de enero de 2006

⁷⁶ *Jorgic v. Germany*, 74613/01 Judgment (Merits) Court (Fifth Section), 12 de julio de 2007.

⁷⁷ Con detalle Jon Landa y Enara Garro: o. cit., pp. 279 y ss

El TEDH entró en el tema de la posible violación del principio de legalidad que el demandante argumentó en una interpretación extensiva del delito de genocidio, que desbordaba tanto su dicción literal en el CP alemán como la regulación internacional.⁷⁸ En este caso el Tribunal negó la infracción del principio de legalidad, pues⁷⁹ resolvió que, a pesar de que el concepto de genocidio aplicado por los tribunales alemanes, al no limitarse el genocidio físico o biológico, era más amplio que el concepto internacional (en particular difería de las interpretaciones posteriores dadas por tribunales internacionales y nacionales), la interpretación que se había hecho de la “intención de destruir” podía entenderse cubierta por la letra de la ley, y había sido realizada antes de que la jurisprudencia internacional desarrollara el concepto restrictivo hoy vigente, por lo que no podía considerarse imprevisible y por tanto violatoria del artículo 7. Lo interesante a efectos de definir el delito de genocidio, sin embargo, es que a pesar de todo el TEDH reconoce en la actualidad un concepto restrictivo o auténtico, limitado al genocidio físico y biológico.

También es interesante mencionar el caso *Kononov*,⁸⁰ a los efectos de definir los crímenes de guerra y su extensión, pues en este el TEDH afirmó que en 1944 los crímenes de guerra se referían solo a los cometidos en conflictos armados internacionales, y se pronunció también sobre la responsabilidad del superior jerárquico como una forma de responsabilidad por omisión preexistente a la Segunda Guerra Mundial y confirmada desde entonces como derecho internacional consuetudinario.⁸¹

⁷⁸ § 89 ss.

⁷⁹ § 102. Lo cierto es que el TEDH sí revisa la aplicación que los tribunales hacen del derecho interno, pues debe hacerlo, por ejemplo, para descartar una aplicación analógica. En otras ocasiones, en cambio, como ya vimos, también había dejado a los tribunales nacionales la interpretación del derecho internacional al que remiten normas nacionales. El tribunal en esta cuestión, como en casi todas, no mantiene una línea jurisprudencial constante.

⁸⁰ *Kononov v. Latvia*, 36376/04 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Grand Chamber), 17 May 2010, §210: “[...] in 1944 a nexus with an international armed conflict was required to prosecute acts as war crimes [...] The relevant nexus was a direct connection between the alleged crime and the international armed conflict so that the alleged crime had to be an act in furtherance of war objectives”.

⁸¹ 211: “The Court understands individual command responsibility to be a mode of criminal liability for dereliction of a superior’s duty to control, rather than one based on vicarious liability for the acts of others. The notion of criminal responsibility for the acts of subordinates is drawn from two long-established customary rules: a combatant, in the first place, must be commanded by a superior and, secondly, must obey the laws and customs of war (paragraph 200 above). Individual criminal responsibility for the actions of subordinates was retained in certain trials prior to the Second World War, in codifying instruments and State declarations during and immediately after that war and it was retained in (national and international) trials of crimes committed during the Second World War. It has since been confirmed as a principle of customary international law and is a standard provision in the constitutional documents of international tribunals”.

4 • La prescripción

En este tema analizaremos primero cómo entiende por lo general la prescripción el TEDH y cómo aborda el problema del cambio de los plazos de prescripción, y a continuación examinaremos las tres formas diferentes en que ha argumentado la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales y veremos cómo respecto de estos delitos varía su jurisprudencia general en esta materia.

En relación con la aplicación de nuevos plazos de prescripción a hechos cometidos antes de la nueva ley, pero que todavía no han prescrito con la antigua, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se declara respetuoso con la consideración jurisprudencial de la prescripción que los tribunales internos tengan en cada país. De esta manera ha resuelto que en un Estado en el que la práctica jurisprudencial considera la prescripción como una norma procesal, que por tanto se aplica al proceso en vigor, la aplicación de una nueva ley que extiende el plazo de prescripción no supone una violación del artículo 7 de la Convención, al menos siempre que los delitos a los que se aplica no hubieran alcanzado ya la prescripción.⁸²

Personalmente entiendo que en países en los que la jurisprudencia otorga a la prescripción una naturaleza material, como España⁸³ o Italia,⁸⁴ y con ello declara inaplicables retroactivamente plazos de prescripción más amplios, dicha interpretación

⁸² STEDH *Coëme et al. v. Belgium*, 32492/96; 32547/96; 32548/96 Judgment (Merits and Just Satisfaction) Court (Second Section) de 22 de junio de 2000, § 148 y 149.

⁸³ El TS español en numerosas ocasiones se ha manifestado en contra de la retroactividad de los cambios legislativos en materia de prescripción que puedan perjudicar al reo. Así la STS de 20-02-2007 resume: "La respuesta viene condicionada por el carácter sustantivo o simplemente procedimental que se asigne a la prescripción. Si tiene carácter sustantivo la aplicación de la retroactividad de la prescripción será preceptiva en aquellos casos en que resulte favorable. Por el contrario, si solo se le reconoce carácter procedimental regirá la norma de aplicación temporal del derecho, sin posibilidad alguna de retrotraer su eficacia a resoluciones adoptadas con anterioridad. Pues bien, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han afirmado la naturaleza material de la prescripción en la esfera de lo punitivo. Así el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 83 / 1989, de 10 de mayo (RTC 1989, 83), 157 / 1990, de 18 de octubre (RTC 1990, 157), 12 / 1991, de 28 de enero (RTC 1991, 12), 62 / 2001, de 1 de marzo (RTC 2001, 62) y 63 / 2005 de 14 de marzo (RTC 2005, 63) mantiene que la prescripción de los delitos y faltas por paralización del procedimiento puede ser considerada como institución de naturaleza sustantiva o material. También así lo viene constantemente declarando la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, entre las que basta citar las de 10 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2135), 12 de febrero de 2002 (RJ 2002, 2600), 19 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 9246) y 30 de marzo de 2004 (RJ 2004, 3122). Por otra parte, esta Sala, en sentencia de 22 de enero de 1991 (RJ 1991, 328), de modo expreso declara que la aplicación del principio de retroactividad de la norma posterior más favorable al inculpado se refiere no solo a la tipificación de la infracción y sanción sino también al nuevo plazo de prescripción, si resulta ser inferior".

⁸⁴ Marco Scoletta: "El principio de legalidad penal europeo", en Luis María Díez Picazo y Adán Nieto Martín (dirs.): *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 283.

jurisprudencial, en cuanto derecho previsible, será también objeto de protección bajo el artículo 7 CEDH.⁸⁵

Sin embargo, la doctrina del TEDH en relación con la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en derecho internacional es otra bien distinta.

La Corte IDH ha venido manteniendo en su jurisprudencia que las normas sobre prescripción son inaplicables a conductas violatorias de derechos humanos,⁸⁶ incluso cuando estas no pudieran calificarse como crímenes internacionales, sino que constituyen un caso aislado.⁸⁷ Primero las declaró incompatibles con las obligaciones de investigar y sancionar.⁸⁸ Después⁸⁹ fundamentó la imprescriptibilidad en el derecho internacional, calificando la violación como crimen contra la humanidad y afirmando la existencia de una supuesta norma general de *ius cogens*⁹⁰ que sería previa a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de Lesa Humanidad.⁹¹

⁸⁵ En contra, Marco Scoletta: o. cit., p. 283, quien opina en cambio que esta protección más amplia del derecho italiano no se ve modificada por la interpretación del TEDH en el caso *Coeme contra Bélgica*, pero tampoco encontrará tutela en el principio de legalidad europeo.

⁸⁶ Sobre esta jurisprudencia, con detalle, Pablo Parenti: o. cit., 2010, pp. 211 ss.

⁸⁷ Caso *Bulacio contra Argentina*, fondo, reparaciones y costas; sentencia del 18 de septiembre de 2003, serie C, n.º 100, § 116. Sobre este tema véase también la nota 19.

⁸⁸ Caso *Barrios Altos contra Perú*, serie C, n.º 75, sentencia del 14 de marzo de 2001 (fondo), § 43, y caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia del 27 de febrero de 2002, serie C, n.º 92, § 106.

⁸⁹ *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, n.º 154, § 225-226.

⁹⁰ La Corte aquí abandona ya el apoyo en la CIDH y parece querer aplicar directamente un supuesto derecho penal internacional sin dejar claro qué instrumentos internacionales está aplicando. Véase, crítico, Javier Dondé: o. cit., p. 287.

⁹¹ En contra de esta idea, con razón, Antonio Remiro Brotons, "Los crímenes de derecho internacional y su persecución judicial", en *El Derecho Penal Internacional, Cuadernos de Derecho Judicial*, 2001, p. 120, pues no existía ni tratado ni costumbre que estableciera tal regla, y el escaso número de firmantes de dicha convención no permite tampoco considerarla costumbre internacional; también William Shabas: "Art. 29", en Otto Triffterer: *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Law*, pp. 524 ss., nm. 3 ss. La sigue en cambio la reciente sentencia del pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú del 21 de marzo de 2011: "62. Sobre la base de lo expuesto, debe quedar claro que la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cf. caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, § 225). Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso 24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones.

El TEDH, por su parte, ha mantenido siempre que los crímenes internacionales son imprescriptibles y lo ha argumentado de tres maneras diferentes, todas ellas discutibles:

En los casos *Touvier*,⁹² *Papon*⁹³ y *Kolk y Kislyiy*,⁹⁴ el TEDH venía afirmando que el Estatuto del Tribunal de Núremberg había consagrado la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. Esta afirmación resulta bastante llamativa, pues basta leer el citado Estatuto⁹⁵ para comprobar que ni en los considerandos ni en ningún otro lugar a lo largo de sus treinta artículos se hace mención alguna a la imprescriptibilidad de los crímenes de los que se ocupa. Tampoco los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y por las sentencias del Tribunal de Núremberg aprobados por la Comisión de Derecho Internacional en 1950 y presentados a la Asamblea General mencionan la imprescriptibilidad de los crímenes que regulan. En todo caso se podría interpretar *a sensu contrario* que, al no establecerse en aquellos textos la prescripción de la acción penal, esta era imprescriptible.⁹⁶

En *Kolk y Kislyiy contra Estonia*, el TEDH no solo declaró que los crímenes contra la humanidad son imprescriptibles en derecho internacional porque así lo estableció en Estatuto de Núremberg, sino que además afirmó que los Estados miembros de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes De Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad están obligados por su artículo I.b, que declara expresamente la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, cualquiera que sea la fecha

“En virtud de dicho reconocimiento constitucional, y en atención a lo previsto por el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de ius cogens derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza erga omnes, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano.

“En definitiva, aunque la pena aplicable a una conducta típica es la que se encontraba vigente en el tiempo en que ella se produjo (a menos que sobrevenga una más favorable), si tal conducta reviste las características de un crimen de lesa humanidad, por mandato constitucional e internacional, la acción penal susceptible de entablar-se contra ella, con prescindencia de la fecha en que se haya cometido, es imprescriptible”.

⁹² *Touvier v. Francia* 29420/95 Commission (Plenary), decisión del 13 de enero de 1997: “*La Commission constate par ailleurs que l’infraction de crime contre l’humanité et son imprescriptibilité furent consacrées par le Statut du tribunal international de Nuremberg annexé à l’accord interallié du 8 août 1945.*”

⁹³ *Papon v. France* 54210/00 Court (First Section), decisión del 15 de noviembre de 2001, fundamento jurídico 5: “[...] ce qui est le cas du crime contre l’humanité, dont l’imprescriptibilité a été consacrée par le Statut du tribunal international de Nuremberg annexé à l’accord interallié du 8 août 1945 [...]”.

⁹⁴ *Kolk y Kislyiy v. Estonia*, decisión de 17 de enero de 2006, accesible en español en <<http://www.derechos.org/nizkor/impu/kolkesp.html>>.

⁹⁵ Accesible, por ejemplo, en <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73.pdf>>.

⁹⁶ William Shabas: o. cit., p. 523, interpreta que en ausencia de una norma que establezca la prescripción en todos los textos que regularon la persecución penal de los crímenes internacionales antes del Estatuto de Roma, estos son imprescriptibles.

en que se hayan cometido e independientemente de si fueron cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz. Esta convención puede resultar incompatible con la doctrina general establecida por el TEDH respecto del cambio en los plazos de prescripción, en tanto parece no respetar la prescripción ya alcanzada antes de la ratificación de la Convención.

El TEDH, al contrario que la Corte IDH, no ha llegado a declarar el carácter de derecho consuetudinario de esta norma, sino que por el contrario afirma en el caso citado que la República de Estonia quedó vinculada a la aplicación de los mencionados principios “tras acceder a la Convención antedicha”. España no es parte en la Convención, y esta resulta no solo contraria a la concepción material de la prescripción que mantiene nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritaria, sino también a la idea de que la prescripción ya alcanzada extingue la responsabilidad criminal, que no puede ser “resucitada” por la introducción posterior de una norma sobre imprescriptibilidad.

Claro que este último problema es difícil que se dé, pues las normas que tipifican en el derecho interno los crímenes contra la humanidad suelen ir acompañadas de la previsión de su imprescriptibilidad, y las condenas anteriores a dicha tipificación expresa se argumentan por lo general en las jurisdicciones internas —argumentación rechazada por el TS español—⁹⁷ en la supuesta aplicación directa de normas internacionales que, como veremos a continuación, según el TEDH no prevenían la prescripción. Sin embargo, al hablar de crímenes de guerra, introducidos en los códigos penales nacionales por lo general mucho antes de la moderna evolución del derecho penal internacional,⁹⁸

⁹⁷ Que con razón ha negado que la costumbre internacional sea aplicable directamente como fuente de tipificación de delitos, y también, por tanto, que las penas solo posteriormente previstas en el CP español, o previstas para delitos distintos, sean aplicables retroactivamente con tal argumentación. Véase la sentencia del Tribunal Supremo n.º 798/2007, del 1 de octubre de 2007, en el caso *Scilingo*, que casa la anterior sentencia de la Audiencia Nacional 16/2005, del 19 de abril. A favor de la argumentación del TS y en contra de la aplicación retroactiva del CP español que había hecho la AN argumentando precisamente la preexistencia de la prohibición de los crímenes internacionales en la costumbre internacional véase Carmen Lamarca Pérez: “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Internacionalización del derecho penal y principio de legalidad: el caso *Scilingo*”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 34, 2007, pp. 69-77; Francisco Bueno Arús: “Jurisprudencia aplicada a la práctica. Fuentes y principios del derecho penal internacional de nuestro tiempo: reflexiones sobre la sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*”, en *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.º 34, 2007, pp. 78-96; Alicia Gil Gil: “La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso *Scilingo*”, en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 07-r1 (2005), también publicado en *Jueces para la Democracia*, julio de 2005; ídem: “Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*”, en Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García (dirs.): *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 2009, pp. 391 ss. A favor de la solución de la Audiencia Nacional se pronuncia en cambio Carlos Castresana: “De Núremberg a Madrid: la sentencia del caso *Scilingo*”, en *Jueces para la Democracia*, noviembre de 2005, pp. 3-11.

⁹⁸ El primer paso hacia la incriminación de la conducta ilícita en la guerra, en un plano positivo y de carácter permanente, tuvo lugar en cada país en las legislaciones penales comunes y más frecuentemente en las mili-

y posiblemente sometidos en su origen a plazos de prescripción generales en las legislaciones internas,⁹⁹ sí podría encontrarse un Estado con el problema de que firmar la Convención sobre Imprescriptibilidad lo obligara al más evidente atentado contra la seguridad jurídica: resucitar una responsabilidad penal ya extinguida. En mi opinión este debería ser un límite absoluto, incluso para los firmantes de tal Convención.

La tercera vía elegida por el TEDH para argumentar la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad la encontramos en el caso *Kononov*.¹⁰⁰ Aun manteniendo la misma conclusión —la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad en el derecho internacional—, el Tribunal cambia de argumentación, dejando de apelar a una regulación en el Estatuto de Núremberg, quizás porque los hechos fueron anteriores a la redacción del Estatuto y la celebración de los juicios de Núremberg. En *Kononov* el argumento es que si el derecho internacional, que fue el aplicado en el caso concreto según el Tribunal, no prevé plazo de prescripción, ello significa que el delito es imprescriptible en dicho ordenamiento. Pero siguiendo el razonamiento, el derecho internacional no prohibiría la prescripción, sino que solamente no la prevería para los delitos perseguidos en aplicación de dicho ordenamiento. Por tanto, según dicha sentencia, si el derecho interno prevé para el delito tal y como este se condena (por ejemplo, como crimen de guerra) determinado plazo de prescripción, podría el sujeto beneficiarse de dicho plazo. En cambio, cuando la condena se realiza en aplicación directa del derecho internacional, a falta de una regulación de la prescripción de tales delitos en el derecho internacional, el Tribunal los considera imprescriptibles. Pero lo que se había hecho en realidad en el caso *Kononov* en la jurisdicción interna era una aplicación retroactiva del derecho interno, con el argumento de que la base para el castigo era el derecho internacional existente en la época, aun cuando en realidad el derecho internacional existente no preveía sanciones penales y ni siquiera establecía el carácter delictivo de las conductas que regulaba.

Esta sentencia supone, en mi opinión, una clara infracción del principio de legalidad, pues las penas aplicables a los hechos, que los califican como delitos comunes según el Código Penal nacional, que eran las únicas previsibles en el momento de su comisión,

tares. Así por ejemplo, en el derecho español la materia relativa a los delitos de guerra pertenece al ámbito del derecho militar desde su primera regulación, en el Reglamento de Campaña del Ejército de 1882 hasta el actual Código Penal Militar de 1985. Véase José Luís Fernández Flores: "Delitos contra las leyes y usos de la guerra", en Ramón Blecua y José Luís Rodríguez-Villasante (coords.): *Comentarios al Código Penal Militar*, Madrid 1988, pp. 814 ss.

⁹⁹ Como hemos dicho, los crímenes de guerra fueron introducidos en el CP militar español mucho antes que en el CP común; pero, a diferencia de lo dispuesto en este último, todos los delitos previstos en el primero están sujetos a prescripción, cuyo plazo máximo es de 20 años, según lo dispuesto en el artículo 45.

¹⁰⁰ Sentencia del 17 de mayo de 2010.

habían prescrito al celebrarse el juicio; el derecho internacional vigente en el momento de los hechos no contenía penas previsibles —ni siquiera declaraba los hechos directamente punibles en dicho ordenamiento, por lo que por fuerza tampoco podía prever la prescripción—, y las penas del nuevo Código Penal aplicadas retroactivamente en el caso concreto no eran las previsibles.¹⁰¹

5 • La jurisdicción universal

El TEDH ha mantenido en varias ocasiones que el ejercicio extraterritorial de la jurisdicción es compatible con el CEDH, y en particular no atenta contra el derecho al juez predeterminado por ley. Así, en el caso *Jorgic contra Alemania*,¹⁰² el Tribunal afirmó que la condena en Alemania de un nacional serbio por delito de genocidio cometido en Bosnia, en aplicación, bajo el principio de jurisdicción universal, del Código Penal alemán, no constituía una violación del derecho al juez predeterminado por la ley, al estar la jurisdicción universal por genocidio prevista en la ley alemana, y era indiferente que no se hubiera previsto en la Convención contra el genocidio.¹⁰³

En realidad también aquí el Tribunal obvió la cuestión más complicada del caso. Si bien estaba clara la competencia de los tribunales alemanes sobre el delito de genocidio por el principio de justicia universal y con razón se afirma que tal ejercicio de la jurisdicción no infringe el derecho al juez natural, lo cierto es que la jurisdicción se había extendido no solo al delito de genocidio sino también a los 30 asesinatos cometidos en su ejecución y castigados (correctamente) en concurso ideal con aquel. La jurisdicción universal no estaba prevista en el derecho penal alemán para los delitos de asesinato cometidos fuera del territorio y el Tribunal aplicó la teoría de la “competencia anexa” desarrollada en su jurisprudencia anterior.¹⁰⁴ Esta extensión de la jurisdicción universal a delitos para los que no está prevista es la que plantea, en mi opinión, dudas respecto de los

¹⁰¹ Véase, en total desacuerdo con la sentencia, el voto particular de los jueces Costa, Kalaydjieva y Poalelungi.

¹⁰² *Jorgic v. Germany*, 74613/01, Judgment (Merits), Court (Fifth Section), decisión del 12 de julio de 2007.

¹⁰³ § 66 ss.

¹⁰⁴ Véase Alicia Gil Gil: “Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por un delito de genocidio: Relaciones concursales entre un delito contra un bien jurídico colectivo —el genocidio— y los delitos contra bienes jurídicos individuales personalísimos cometidos en su ejecución”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, n.º 4, julio 1999, pp. 771 ss.

principios de improrrogabilidad de la jurisdicción y derecho al juez natural determinado por la ley.¹⁰⁵

En el caso *Ould Dah contra Francia*, el Tribunal declaró que el ejercicio de la jurisdicción universal no atentaba contra el principio de legalidad.¹⁰⁶

6. Conclusiones

1. El TEDH no ha llegado, como sí lo ha hecho su homóloga, la Corte IDH, al extremo de crear un estatuto jurídico de la víctima que se oponga y neutralicen los derechos del imputado,¹⁰⁷ pues:

- a. En primer lugar, interpreta el derecho a recurso efectivo y las obligaciones de investigar y perseguir de manera más limitada que aquella, ya que el TEDH impone más bien una obligación de medios y no de resultados, con lo que no ha desarrollado, al contrario que su par americana, la doctrina de la eliminación de toda una serie de límites al *ius puniendi* (amnistía, indulto, prescripción, cosa juzgada...), al menos de forma tajante y con carácter general, para determinadas violaciones de derechos humanos que pudieran ser calificadas como crímenes internacionales
- b. En segundo lugar, según la jurisprudencia del Tribunal, el CEDH no contempla como parte del derecho a un proceso equitativo un derecho de la víctima al castigo de los presuntos delincuentes, sino que entiende el primero solamente como un derecho del imputado.

2. Aun así, en los últimos años la jurisprudencia del TEDH se ha acercado en muchos aspectos a la de la Corte IDH, si bien ambos tribunales mantienen diferencias fundamentales.

¹⁰⁵ Todavía mayor problema plantea la extensión de la jurisdicción universal por analogía que hizo el TS español en el caso *Scilingo*. Véase Alicia Gil Gil: "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso *Scilingo*", en Antonio Cuerda Riezu y Francisco Jiménez García (dirs.): *Nuevos desafíos del derecho penal internacional*, Madrid: Tecnos, 2009.

¹⁰⁶ *Ould Dah v. Francia*, 13113/03, Cour (Cinquième Section), decisión de 17 de marzo 2009. Aquí el tribunal avaló el ejercicio de la jurisdicción universal sobre el delito de torturas.

¹⁰⁷ Kai Ambos y María Laura Böhm: o. cit., notas 57 y 68 y texto correspondiente.

3. En mi opinión, es criticable un aparente cambio de posición en los últimos años, en que en varias sentencias, y contradiciendo una jurisprudencia anterior clara y constante, el TEDH ha permitido la aplicación retroactiva de la Convención (en puridad, no se trataba en todos los casos de aplicación retroactiva de la Convención, sino en la mayoría tan solo de la jurisdicción del Tribunal) al afirmar violaciones del artículo 2 por la no investigación de muertes o de desapariciones en situaciones de peligro para la vida sucedidas antes de la entrada en vigor de la Convención.

- a. El fundamento jurídico de la obligación de investigación de un hecho cometido antes de la vigencia de la Convención (o de la competencia del Tribunal para determinar tal obligación) no aparece clara y convincentemente explicado en esta jurisprudencia, pues presupone que se independiza la obligación procesal de la violación sustantiva del derecho.
- b. Y tampoco, por tanto, los límites establecidos a tal exigencia (“debe existir un vínculo real entre la muerte y la entrada en vigor de la Convención en relación con el Estado demandado”, o una proximidad temporal entre la muerte y su investigación y la entrada en vigor de la Convención) tienen un apoyo o una base legal ni están claramente determinados
- c. Ni tienen tampoco una explicación fundamentada jurídicamente las excepciones a tales límites (la desaparición de una persona en una situación de peligro para la vida impondría una obligación de investigar y perseguir cuyo incumplimiento constituye una violación del artículo 2, sin que en tal caso exista el límite de la proximidad temporal al constituir la conducta de desaparición una situación continuada y aun cuando se pudiera presumir la muerte de la víctima o no se haya demostrado que esa persona sigue en peligro de muerte)

4. Respecto del desarrollo del derecho penal internacional a través de la jurisprudencia del TEDH, hay que señalar que este es limitado.

- a. En primer lugar porque, al contrario de lo que suele hacer la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el TEDH no suele calificar los hechos que se le presentan a examen como crímenes internacionales, sino que se mantiene en el ámbito de su competencia y solo se pronuncia sobre la

violación de derechos humanos, pues tal es tal es su misión y el contenido del Convenio.

- b. Y cuando tiene ocasión de pronunciarse sobre el contenido de un determinado crimen en el derecho internacional de la época, no siempre es diligente y consecuente. En ocasiones ha investigado con gran acierto los elementos del crimen y en otras, paradójicamente, ha renunciado a ello, aun cuando habría sido relevante para determinar una posible infracción del principio de legalidad.
- c. También ha afirmado el TEDH, a veces con lagunas en su argumentación, la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales, fundamentándola en una inexistente prohibición en el Estatuto del Tribunal Internacional de Núremberg o en la simple falta de regulación internacional de plazos de prescripción.
- d. Y ha admitido con razón la posible jurisdicción universal sobre los plazos de prescripción de cualquier Estado, al entender que ello no atenta contra el derecho al juez natural siempre que tal jurisdicción esté prevista en la ley, ni contra el principio de legalidad.

DOS CONCEPTOS IRRECONCILIABLES: PELIGROSIDAD Y LEGALIDAD PENAL

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El artículo realiza un detallado análisis de la única sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha pronunciado sobre la categoría de la peligrosidad del individuo. Repasa la trayectoria de la peligrosidad en las legislaciones americanas, sometiendo a crítica su pertinaz conservación en algunos Estados, y contrasta aquel concepto, como hizo la Corte, con otro ajeno a estos países, el derecho penal de autor, para concluir en la completa e insanable contradicción entre la legalidad penal, por un lado, y la peligrosidad y el derecho penal de autor, por otro. Por último, explica la incompatibilidad de la peligrosidad con el auténtico sentido de las penas estatal e internacional: la retribución de los delitos.

Palabras clave: derecho penal de autor, peligrosidad del individuo, garantías individuales, retribución del delito, administración de justicia, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Artikel nimmt eine detaillierte Untersuchung des einzigen Urteils des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte vor, in dem dieser sich zur Kategorie der Gefährlichkeit des Individuums geäußert hat. Er legt die Geschichte der Gefährlichkeit in den amerikanischen Gesetzgebungen dar, nicht ohne ihre hartnäckige Beibehaltung in einigen Staaten zu kritisieren, und stellt, wie zuvor bereits der Gerichtshof, dieses Konzept einem anderen, in unseren Ländern nicht bekannten, dem Täterstrafrecht gegenüber, um daraus einen vollständigen und nicht zu behebbenden Widerspruch zwischen dem Strafrecht einerseits und der Gefährlichkeit bzw. dem Täterstrafrecht andererseits abzuleiten. Abschließend erläutert er die Unvereinbarkeit der Gefährlichkeitskategorie mit dem eigentlichen Sinn der staatlichen und internationalen Strafen: die Abgeltung der Delikte.

Schlagwörter: Täterstrafrecht, Gefährlichkeit der Person, individuelle Freiheitsrechte, Abgeltung einer Straftat, Rechtspflege, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This work is an in-depth analysis of the Inter-American Court of Human Rights' only judgment which deals with individual dangerousness. The concept of dangerousness in American legal systems is reviewed and some countries are criticized for obstinately preserving its application. Following the Court's reasoning, the article makes a comparison with the offense-based criminal law which prevails in other countries. The article concludes by underlining the incurable contradiction between the principle of legality and the concepts of dangerousness and offender-based criminal law. Finally, it explains that dangerousness is incompatible with the real purpose of national and international penalties: retribution for crimes.

Keywords: actor-based criminal law, individual dangerousness, individual guarantees, criminal retribution, administration of justice, case law.

1 • Un fallo de envergadura en una jurisprudencia claudicante

Al repasar en un trabajo anterior la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,¹ llamamos la atención sobre las deficiencias de técnica penal y el recato jurídico-político de los pronunciamientos de dicho órgano a propósito del artículo 9.º de la Convención de 1969.

Entonces escribimos que su manejo del principio recogido en la disposición —nada menos que el *nullum crimen nulla poena sine lege*— muestra aciertos, algunos dignos de loor, pero también desarreglos que frustran exigencias concretas de la máxima legalista, especialmente cuando se trata de delitos de significación política o trascendencia internacional. Como a propósito de estos la Corte prohíja el sello de adustez de los viejos crímenes de lesa majestad, o bien se rinde a presiones que apetecen el castigo a cómo dé lugar de fechorías que ofenden a la humanidad toda, incluso al precio de desatender requerimientos básicos del derecho penal de los pueblos civilizados,² garantías

¹ Cf. Guzmán Dalbora: "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte interamericana de derechos humanos", en el volumen *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192.

² Como la irretroactividad de la ley más gravosa, prescripción, amnistía y el indulto. Paradigmática, la sentencia del 26 de diciembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*. 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" (fundamento 151).

que el tribunal, en cambio, honra en el enjuiciamiento de delitos comunes, su marcha sobre el particular no puede sino resultar claudicante. El fenómeno parece tanto más vistoso cuanto que la en palabra es una jurisprudencia antes volcada hacia el derecho condensado en principios que obsecuente doncella de las reglas jurídicas nacionales objeto de denuncia.³

Pues bien, dentro de la no muy numerosa serie de fallos que versan del mandato de legalidad, y el desasosiego que infunden en el ánimo del criminalista, existe uno que resplandece con descomunal potencia. Los categóricos términos de la Corte, si en otros pronunciamientos suenan poco prudentes u oportunos, en el que nos interesa asumen plena justificación, por lo certero del parecer que les sirve de fundamento y la necesidad de imprimir elocuencia a la admonición dirigida a los derechos internos en una cuestión tan importante como la que pasamos a comentar. La argumentación, cuya brevedad no resta un ápice a su contundencia, y el tajante tono de la manifestación formal, son, en efecto, índice fiel de la envergadura del tema para los ordenamientos del continente americano. De hecho, la sentencia ha dado que hablar en la doctrina, aunque no todo lo que sería deseable, y su incipiente influjo se percibe en la jurisprudencia de algunos países del continente, proyectando un haz de luz en el confuso espectro de resoluciones de legitimidad constitucional que ha merecido la atroz disciplina en su inquietante aspecto actual. Pero, además, nuestro fallo permite calibrar en su exacta medida y aproximarse a la solución de notos problemas del fin abstracto y la función concreta de la pena estatal y supraestatal. Su proyección, pues, es bifronte. Importa lo mismo a los derechos penales nacionales que al derecho internacional penal.

Fecha el 20 de junio de 2005, la sentencia de la Corte atañe a un delito común, en el caso rotulado *Fermín Ramírez contra Guatemala*. Resumamos hasta el esquematismo los principales pormenores del proceso y la resolución que recayó en él.

³ La distinción entre principios y reglas, en el sentido que interesa en este contexto (pues su origen es mucho más antiguo), procede de Robert Alexy, principalmente en su obra *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., 2008, cf. pp. 63 ss. A primera vista, el principio de que nos ocupamos es una garantía individual consagrada en el Pacto de San José de Costa Rica, al paso que las reglas que entran en consideración son las particulares de los derechos punitivos de los Estados. Sin embargo, hay que tener presente que la legalidad penal representa un *axioma o dogma*, no susceptible, por tanto, de excepciones o desviaciones jurídicas que reduzcan su férula. De hecho, el constitucionalista en palabra piensa que tras su formulación en la Constitución alemana (artículo 103, § II) se oculta una regla, "pues lo que exige es algo que siempre puede solo ser o no ser cumplido" (p. 84), por más que lo usual sea llamarlo *principio*, nombre que en nuestro tiempo puede facilitar su perniciosa inclusión entre los "mandatos de optimización". Sin embargo, un axioma es algo más que una simple regla o proposición jurídica. Esta admite o puede acoger excepciones (ídem, cf. p. 80); los axiomas, como el "principio" de legalidad penal, no. Agradezco al profesor doctor Ezequiel Malarino, de Buenos Aires, haber llamado mi atención sobre la primera cita de Alexy.

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 sustituida 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. Solo las medidas preventivas dispuestas por la Corte Interamericana permitieron suspender la ejecución, esa terrible amenaza que el infeliz sujeto arrojó durante varios años, con deterioro de su salud mental y daño de su familia.⁴

El fallo sobre el fondo, las reparaciones y costas emitido por la Corte hizo algo más que declarar la trasgresión del Estado a la prerrogativa de la defensa de no ser sorprendida con una recalificación de los hechos cuyo sustento es el cambio abrupto de los que figuraron en la acusación. “El problema que plantea la invocación de la peligrosidad no solo puede ser analizado a la luz de las garantías del debido proceso, dentro del artículo 8.º de la Convención”, eje de la causa hasta ese punto, sino que posee “mayor alcance y gravedad” porque compromete de lleno “el principio de legalidad criminal”. Haciéndose cargo del alegato de los representantes de la víctima y con una fina percepción del trasfondo político-jurídico del problema, la Corte desarrolla un razonamiento cuyos instantes neurálgicos conviene reproducir para ilustración del lector.

⁴ El testimonio del reo y el informe del perito psiquiatra, que se leen en la sección sobre la prueba (número VI, letras *a* y *d*) de la sentencia de la Corte interamericana, son de un realismo estremecedor. A Ramírez, quien entre otras tristes peripecias tuvo que seguir por televisión la ejecución de dos compañeros de celda, la antesala de la muerte le produjo serias perturbaciones físicas y psíquicas, acentuadas por el estado de abandono en que se lo dejó en la cárcel. Su familia, estigmatizada y aislada por la condena del padre, perdió al hijo mayor, muy unido a él, amén de sumirse en un crónico deterioro emocional y económico. La *transcendencia* de la pena de muerte, o sea, que ella afecte también a personas distintas del condenado, opera aun antes del golpe del verdugo. Sobre el carácter aberrante del sumo suplicio, véase Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, pp. 145-146.

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”. “La valoración de la peligrosidad del agente —prosigue la Corte— 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 con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que [él] es”. Tras asentar este juicio, el tribunal considera evidentes las deplorables implicaciones que acarrea preservar 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”.⁵

Con efecto, en esto radica precisamente lo medular del asunto, a saber, la completa e insanable contradicción entre el concepto de peligrosidad aplicado al individuo imputable, por una parte, y, por otra, la legalidad de delitos y penas, apotegma que los ordenamientos americanos erigen en clave de bóveda de sus Códigos penales y derecho fundamental de la parte dogmática de sus Constituciones.⁶ Hacia la ilustración de tal tesis, que sirve de título a estas cuartillas, encaminamos las reflexiones siguientes. Al efecto, primero será preciso describir en sus rasgos principales la trayectoria de la peligrosidad en las legislaciones de esta zona del mundo, sometiendo a crítica su pertinaz conservación en algunos Estados, y, después, contrastar el concepto, como hizo la Corte, con otro ajeno en general a estos países, el derecho penal de autor. Entrambos pliegues del problema, que trataremos con brevedad por lo archisabidos que son, convergen en lo inadmisibles que resulta para la mentalidad legalista, y la doctrina política que la anima, acoger en su seno esa pareja de vástagos del derecho penal totalitario. Que haya incurrido en el desliz de aceptarlos sincera u oblicuamente en materias aisladas no debe

⁵ Fundamentos 94-96. Citamos estos y otros párrafos del fallo según la plataforma electrónica oficial de la Corte, disponible en <http://www.Corte.IDH.or.cr>.

⁶ También la de Guatemala, de 1985, en su artículo 17, enlistado en el título II (Derechos humanos), capítulo I (Derechos individuales): “No son punibles las acciones u omisiones que no estén calificadas como delito o falta y penadas por ley anterior a su perpetración”. El Código penal de 1973 lo contempla en el artículo 1.º: “Nadie podrá ser penado por hechos que no estén expresamente calificados, como delitos o faltas, por ley anterior a su perpetración; ni se impondrán otras penas que no sean previamente establecidas en la ley”. Nótese que estos textos no aluden a *conductas* o *comportamientos*, por tanto, a la forma de conducirse una persona en su vida, sino que prefieren los términos, precisos y acotados, de *acción*, *omisión* y *hecho*.

ser motivo para aprobar en ese aspecto un Código que se proclama liberal, sino, antes bien, ha de estimular la empresa de una pronta corrección que le extirpe semejantes excrescencias. En fin, de lo incompatible de la peligrosidad con el auténtico sentido de la pena estatal e internacional habrá oportunidad de invertir algunas líneas antes del cierre de este trabajo.

2. Trayectoria, supervivencias y crítica de la peligrosidad en las legislaciones americanas

El término *peligrosidad* se adelantó en algunas décadas a la irrupción de la escuela positiva, su enclave ideológico natural. Basta recordar la oposición de Feuerbach al barrunto de sistema dualista postulado por sus rivales,⁷ con la preservación que este traía de las penas arbitrarias del derecho común. El jurista bávaro traza con sorprendente exactitud el concepto de peligrosidad,⁸ al que combate porque los que ya perpetró un sujeto no son elementos suficientes para deducir la probabilidad de delitos futuros en él, así como por el vivo riesgo de que un derecho de seguridad o de policía perfore la legalidad penal y su razón de ser, la salvaguarda de la libertad individual.

Va de suyo que este criterio sería decisivo a la sazón. Los grandes Códigos decimonónicos establecieron medidas preventivas solo para los inimputables. Conocida la dependencia de los textos iberoamericanos respecto de los forjados en Europa por la escuela clásica, es fácil comprender que la peligrosidad tampoco encontrase reconocimiento en sus disposiciones, que formaban abrumadora mayoría, sobre el acusado imputable. A este se reservó únicamente la pena como sanción de *actos* delictuosos, no por hipotéticos riesgos procedentes del modo de ser, la conducta o la configuración de su personalidad.

En cambio, el positivismo de matriz criminológica, llevado de su obsesión por una defensa social entendida mecánicamente y el proyecto utilitario que imprime a la pena, dio a la peligrosidad el impulso que jamás pudo adquirir al amparo del pensamiento

⁷ Kleinschrod y Tittmann, quienes quisieron profundizar el medio de aseguramiento previsto por el derecho territorial general prusiano, de 1794, para los delincuentes que, después de cumplida su pena, pudieran llegar a ser peligrosos a causa de tendencias reprobables procedentes de su carácter cruel, hecho que permitía al juez mantenerlos encerrados hasta que desapareciese su peligrosidad. Cf. Guzmán Dalbora: o. cit., pp. 56-57.

⁸ Como aquella cualidad de una persona que hace presumir fundadamente que violará, en efecto, el derecho. Cf. Jiménez de Asúa: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1922, p. 33.

que alumbró los Códigos de la etapa anterior. La noción, que nace propiamente con la *Scuola*, parte de unas bases filosóficas materialistas y una epistemología naturalista donde el lugar del imperativo kantiano, inspirador del ideario liberal, será ocupado por la regla de hierro.⁹ La dureza inherente al sistema penal del positivismo proviene de una concepción orgánica de la sociedad y una explicación del delito cual síntoma de la patología de uno de sus miembros. Mientras la primera demanda el empleo de la pena para tornar inocuos, por corrección, intimidación o neutralización, a los individuos socialmente inadaptados, la segunda postula cuantificarla de acuerdo con la clase y el grado de su peligrosidad.

En efecto, la contribución más importante del positivismo al problema de la medida de la pena fue la temibilidad o peligrosidad, correlato indispensable de la acen-tuación de la prevención especial como único fin de la sanción punitiva.¹⁰ Esta transformación del derecho penal, que se desentiende del delito para cifrarse en los aspectos biológico y social del delincuente, cuyo hecho es solo una manifestación de su estado peligroso, requería la formación de tipologías criminológicas de los asociales —como los delincuentes locos, natos, habituales, de ocasión y por pasión, de Ferri—, con los grados que llevan de una a otra clase,¹¹ obtenido lo cual se creyó factible adaptar la pena a la personalidad del encartado. De ahí que la “individualización” de la pena —otro término nacido entonces—, y su correlato en la prevención especial como medio de defensa de la colectividad, no podía por menos que requerir una modificación de los principios de

⁹ Mientras la regla de oro prohíbe hacer a otro lo que uno mismo no desearía sufrir, la de hierro reza: “tienes derecho a exigir a los demás lo que estás dispuesto a exigirte a ti mismo”, por tanto, disciplinarlos, atormentarlos, exponer su vida, incluso matarlos. Es la norma que emana del liderazgo, la del caudillo y sus sacrificios, como explica Bernhard Schlink en su novela *El regreso*; la que lleva a tratar al prójimo con inclemencia, la regla parda del totalitarismo.

¹⁰ La temibilidad como criterio de mensuración procede de Garófalo, con terminante liquidación del criterio de la proporcionalidad de la pena al delito, y la presenta cual principio que transformará la legislación penal. A ella se plegó Ferri, que habla de una “inadaptabilidad social”, no sin reconocer la prioridad del primero. Cf. Garófalo: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión* (traducción de Pedro Dorado Montero), Montevideo y Buenos Aires: B. de F., 2005, pp. 258-259, y Ferri: *Sociología criminal*, 2 vols. (traducción de Antonio Soto y Hernández, con un prólogo de Primitivo González del Alba), Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907, t. II, pp. 166-167.

Sin embargo, su elaboración técnica es posterior. El concepto de peligrosidad, que reemplazó las imprecisas nociones de Ferri y Garófalo, pertenece al neopositivista Grispigni y a Jiménez de Asúa, en cuyas páginas aparece definida como la *capacidad de una persona de transformarse con probabilidad en autora de delitos*. Cf. Grispigni: *Diritto penale italiano*, 2 vols., Milán: Giuffrè, 1952, t. I, p. 174, y Jiménez de Asúa: o. cit., p. 42.

¹¹ La mentalidad materialista considera que, como en la historia natural se pasa por grados y matices del mundo inorgánico al orgánico, así también entre los tipos de criminales existe una diferencia de grado y modalidad, con numerosas variedades intermedias, las cuales, en sentir de Ferri (loc. cit., p. 188), no impiden, sino solo dificultan, la precisa clasificación del sujeto. Habrá que colocarlo según el mayor número de rasgos criminológicos presentes en él.

igualdad y legalidad. Lo que importa no es más la igualdad ante la ley abstracta, sino la desigualdad en función de las características criminológicas del sujeto activo, la desigualdad igualitaria de la individualización.¹² También en el molde germánico, de la escuela sociológica liderada por Franz von Liszt, se proclamará la reorientación de la pena hacia la persona del acusado. La “lucha contra el delito”, ese título de regusto bacteriológico y proyección bélica tan grato a aquel, suponía individualizar las sanciones y, por ende, castigar, no el hecho, sino al autor; el uso de la pena como mecanismo intimidante, correctivo o inocuizador, según lo aconseje el tipo de criminal; abandonar la proporción entre delito y pena, para ajustar la segunda a la disposición interior del delincuente, o sea, transformarla en *Gesinnungsstrafe*.¹³

El concepto de peligrosidad, en contacto del cual el individuo queda degradado a la condición de objeto, y la defensa social a través de la prevención particular, acompañados del naturalismo social del positivismo criminológico, su visión determinista y disposición insufrible hacia el *nullum crimen nulla poena sine lege*, ejercieron gran influjo en Iberoamérica. En el período a caballo entre finales del siglo XIX y principios del XX, la influencia se manifestó de momento solo en el *élan* cultural de los grupos dirigentes,¹⁴ espoleada por sus intereses políticos, poco o nada proclives a mejorar la condición social de las clases menesterosas, relativamente a las cuales las medidas postuladas por el positivismo ferriano venían a pedir de boca ya que permitían mantener bajo control a líderes obreros y otros sujetos considerados indeseables o simplemente molestos. De ahí que la manifestación circunstancial de la repercusión legislativa del positivismo consistirá en el modelo de peligrosidad sin delito, tomado del proyecto italiano de 1921 a través de la Ley española de Vagos y Maleantes de 1933.¹⁵ Decimos *circunstancial* puesto que,

¹² Cf. Drost: *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlín: Heymanns, 1930, p. 184, y Bettiol: *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986, p. 859, quien subraya el trasfondo netamente naturalista y criminológico de ella.

¹³ De la frase de Liszt (“no es el concepto el que debe ser castigado, sino el autor”) procede aquella de que habría que penar no el hecho, sino al autor, emblema bajo el que militaron autores muy distintos por orientación científica y credo político. Véase Liszt: *La idea de fin en el derecho penal* (traducción de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1984, p. 129.

¹⁴ Que asumieron el positivismo con una extraordinaria capacidad mimética, esto es, adaptándolo a las condiciones particulares de cada país. Su huella sería particularmente acentuada en Argentina, Brasil, Colombia y México. Cf. Jiménez de Asúa: *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, pp. 76-82.

¹⁵ Se trata de las leyes sobre vagancia, mendicidad y estados afines aprobadas en Colombia (1936), Venezuela (1939), Uruguay (1941) y Chile (1954), sin nombrar proyectos que quedaron huérfanos de sanción legislativa. Estas disposiciones “dieron a las policías facultades de imponer penas violatorias de toda garantía”, como apunta Zaffaroni: “Los códigos penales de Latinoamérica”, en el volumen *Códigos penales de los países de América Latina*, publicado por el Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento

por extensa que fuese su vigencia, no serían las leyes de peligrosidad *ante delictum*, que caerían en descrédito algunas décadas después, las destinadas a llegar hasta nuestros días. En cambio, al ascendiente del anteproyecto suizo de 1893 y el Código italiano de 1930, con sus sistemas de doble vía, se remonta la inclusión de la peligrosidad del individuo imputable en los Códigos del Perú (1924), México (1931), Uruguay (1933), Colombia y Cuba (1936), Brasil (1940) y Costa Rica (1941).¹⁶ Incluso el Código argentino de 1921, no enfeudado en el positivismo, pese al abrumador ambiente que dominaba a la sazón en las universidades del país, admite todavía la consideración de la peligrosidad del hechor nada menos que como factor de la conmensuración de la pena.

Ahora bien, es verdad que con el proceso de recodificación iniciado en los años setenta del siglo XX las medidas de seguridad propiamente dichas empiezan a batirse en retirada, incluso en los Códigos donde subsiste, con un alcance mucho menor que antaño, el modelo de la doble vía, como los de Costa Rica (1970), Bolivia (1973), Panamá (1982), Perú (1991), Paraguay (1997) y Colombia (2000). Sin embargo, la más patente demostración de la terca resistencia del clima positivista aparece precisamente allí donde la peligrosidad no cumple su función genuina, de fundamento de las medidas, sino que figura como criterio de graduación de la pena, condición de procedencia de la prisión preventiva o agravación específica de algunos delitos. Son ejemplos de lo primero los textos argentino (artículo 41, número 2), uruguayo (artículo 86) y, en el último tiempo, peruano (artículo 46, números 12 y 13).¹⁷ Por cierto, los esfuerzos doctrinales por

del Delincuente, México, 2000, pp. (13-132) 82. La ley chilena de estados antisociales nunca entró en vigor, de modo que aquella función la cumplirían las disposiciones sobre extranjeros, seguridad del Estado y detención por sospecha. Esta última fue la de mayor empleo. Que la previese el Código de Procedimiento Penal de 1906 no es para extrañarse. El derecho procesal penal se adecua mejor que el penal material al propósito de preservar las estructuras sociales, y su impacto en los cotidianos hechos de criminalización es mucho más grande, sobre todo cuando se asume, como en el caso de ese Código, un proceso inquisitivo pletórico de licencias policiales en la fase de investigación.

¹⁶ Cf. Jiménez de Asúa: "Las medidas de seguridad. Su naturaleza y sus relaciones con la pena. (Consideraciones de Derecho comparado)", en *El criminalista*. 2.ª serie, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, t. II (XII de toda la colección), 1958, pp. (219-239) 225. En todo caso, la previsión de la peligrosidad *post delictum* difiere en cada Código, desde una limitada acogida en el colombiano, que acumula elementos heterogéneos tomados de la culpabilidad y la peligrosidad, hasta su amplia entrada en el Código del Perú, que la enuncia en numerosos pasajes de sus partes general y especial. Cf. Rivacoba y Rivacoba: "El nuevo Código penal de Colombia (1980)", en la revista *Doctrina Penal*, de Buenos Aires, año 4, n.º 13, enero-marzo de 1981, pp. (85-159) 91, y Guzmán Dalbora: "El nuevo Código penal del Perú (1991)", en *idem*, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 634.

¹⁷ La situación del Perú es particularmente alarmante. Señalado mérito del Código de 1991 fue suprimir la reincidencia de las circunstancias de agravación, como hizo el de Colombia en 1980. Sin embargo, en mayo de 2006 y en el marco de un acuerdo de promoción comercial entre el país y los Estados Unidos de Norteamérica, reaparecieron la reincidencia y la habitualidad del delincuente como factores de graduación de la pena (artículo 46) y circunstancias agravantes comunes (artículos 46-B y 46-C). Este afán "de demostrar una garantía de seguridad jurídica al capital extranjero", recibido con una lluvia de justificadas críticas, mereció, empero, la aprobación del Tribunal Constitucional en enero de 2007. Del rebrote del derecho penal de la peligrosidad, con sus raíces

hallar acomodo dogmático a la intrusa o, lo que es igual, de uncir la peligrosidad a un entendimiento normativo de la culpabilidad han ido al garete o culminan en gestar una estructura heterogénea, jánica, semejante a las del proyecto de Sebastián Soler (1960) y el Código Penal tipo para Iberoamérica.¹⁸ Sin embargo, este era el corolario inevitable de un concepto que no admite vestiduras jurídicas, como diremos pronto.¹⁹ A su vez, la consulta de la peligrosidad del sujeto como situación que faculta para encerrarlo durante el proceso es el resultado de la desnaturalización de las cautelas personales, secuencia iniciada cuando la prisión preventiva, que el Iluminismo aceptó de mala gana y solo para finalidades estrictamente procesales, derivó insensiblemente hacia una burda medida de prevención o pena sin condena. Merced a este triunfo del pensamiento peligrorista, que supo darse maña para aprovechar un quiste de la inquisición rampante en el proceso penal reformado, no solo se ensombreció con una atmósfera punitiva la medida en palabra, cuyas condiciones y, a menudo, paroxística extensión la tornan más temible que la pena propiamente dicha, sino que se hizo preciso arbitrar otros medios con que conseguir idéntico designio, no ya el procesal —garantizar la presencia del imputado en el juicio—, desdibujado en el ínterin, sino, precisamente, la “seguridad de la sociedad”,

históricas en el positivismo y lazos actuales con la ideología de la seguridad ciudadana, discurre inteligentemente Urtecho Navarro: “Reconstruyendo el derecho penal de la peligrosidad: apuntes sobre la pretendida legitimación de las asistemáticas figuras de reincidencia y habitualidad en el ordenamiento peruano”, en el volumen *El penalista de la América austral. Ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, dirigido por Julio Armaza Galdos, Arequipa: Pangea, 2010, pp. (169-203) 190 ss., del que recogemos la frase entrecomillada (p. 169).

¹⁸ El artículo 73 del proyecto de Soler, conocido enemigo del positivismo, ordenaba graduar la pena según la gravedad relativa del delito y “la personalidad del autor”, aunque cualquiera podía ver que tras esta cláusula se ocultaba la personalidad peligrosa del último. Sobre el particular, cf. Bacigalupo: “La moderna política criminal latinoamericana”, en la revista *Ilanud al día*, San José de Costa Rica, año 1, n.º 2, agosto de 1978, pp. (20-28) 22, y Donna: *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea, 1978, pp. 53-58. En cuanto al Código Penal tipo, su adscripción al neopositivismo del Código de Rocco es ostensible en el generoso abanico de medidas de seguridad, el endurecimiento de la pena para los reincidentes, delincuentes habituales y profesionales, y la individualización según “las condiciones personales del autor” (artículo 73, número 5). Que él “se abstenga de emplear la palabra, no significa que no acepte la idea de peligrosidad”, incluso para fundamentar la conmensuración de la pena. Rivacoba y Rivacoba: “Pensamiento penal y criminológico del Código penal tipo para Iberoamérica”, en *Doctrina Penal*, año 10, n.º 40, octubre-diciembre de 1987, pp. (713-734) 729.

¹⁹ El primero en buscarle asilo en la parte caracterológica del juicio de reproche, basándose en Eberhard Schmidt y Max Grünhut, fue Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal*, o. cit., cf. t. V, 1956, pp. 252. Le sigue Rivacoba y Rivacoba: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal. 75º Aniversario del Código penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. (291-309) 38, siquiera reconociendo que la valoración simultánea de culpabilidad y peligrosidad, del hecho y del autor, “resulta insatisfactoria y criticable por combinar elementos poco compatibles entre sí”. Últimamente, Zaffaroni propone una interpretación constitucional de la peligrosidad, no ahorrada a los criterios positivistas ni, por ende, dependiente de pronósticos sobre el comportamiento futuro del sujeto, que la vincula al delito cometido como resultado del esfuerzo del agente por alcanzar la situación concreta de vulnerabilidad. Eugenio R. Zaffaroni, con la colaboración de Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, cf. pp. 1043-1046.

que se lee, entre otros, en el artículo 140, letra c, del Código Procesal Penal de Chile.²⁰ En fin, si el empleo de la peligrosidad en el proceso penal escamotea auténticas medidas de prevención, aquel que se le reserva en la parte especial de los Códigos Penales desproporciona hasta lo indecible puniciones que pueden ser de suyo graves en la forma básica del maleficio, como en el caso de Guatemala, o bien, sin la invocación de la odiosa etiqueta, opera como subterfugio para castigar el modo de ser de la persona, como en el ejercicio ilegal de la medicina y otros delitos *habituales*.²¹

Estas supervivencias penales deben hacerse cargo de la profunda crisis que atraviesa hace tiempo el concepto de peligrosidad, del que con razón se ha escrito ser un lastre científicamente caduco, un cuerpo extraño en los textos legales, imposible de verificar, inconstitucional y contrario al derecho internacional de los derechos fundamentales.²² La crítica puede atacarlo con éxito desde cuatro flancos. Por lo pronto, en su consistencia dentro de las ciencias naturales. La peligrosidad, concepto naturalista, nació en un ambiente de fascinación por las causas y reacciones, de reducción biológico-social de todos los fenómenos del mundo, donde el hombre era considerado como un engranaje más en el gran circuito de la vida. Concebirlo, pues, cual causa más o menos libre de determinados efectos sonaba a completo sinsentido.²³ Sin embargo, semejante determinación dejó hace tiempo de ser compartida por las ciencias que se ocupan de la conducta humana. De que el comportamiento del hombre no es predecible al igual que los sucesos naturales y, antes bien, cela siempre un pliegue que alberga los dominios del azar, brinda rotundo testimonio la criminología clínica. Ningún método científico de prognosis criminal está en condiciones de asegurar que, dadas ciertas condiciones, es probable que un sujeto delinca o se repita en el delito.²⁴ Tales métodos ofrecen a lo

²⁰ Al respecto, cf. Guzmán Dalbora: "El abono de las medidas cautelares a la pena", en *Ars iudicandi. Estudios em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. II, pp. (515-532) 517.

²¹ En efecto, no por desaparecer formalmente de los textos legales americanos se prescinde de la idea misma de peligrosidad. Cf. Zaffaroni: "Los códigos penales de Latinoamérica", o. cit., p. 105. Ella pulsa detrás del delito habitual, pero también de los delitos llamados de posesión y de estatus, como la tenencia de drogas o armas y las asociaciones ilícitas, respectivamente.

²² Así, Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., cf. p. 1043, y *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5 vols., Buenos Aires: Ediar, 1987-1988, t. II, p. 192.

²³ Bettiol: o. cit., cf. pp. 30-31.

²⁴ Se trata de los métodos clínico, estadístico y estructural. Especialmente el segundo deja en la ambigüedad el campo medio, que es el más rico en casos judiciales, entre los extremos cuantitativos. Obsérvese, asimismo, que la psiquiatría forense ha desmentido que una grave patología mental sea sinónimo de delitos violentos en el enfermo. Cf. Kaiser: *Introducción a la criminología*, 7.ª ed., reelaborada y completada (traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa), Madrid: Dykinson, 1988, pp. 154-165, y Ponti: *Compendio di criminologia*. Milán: Libreria Cortina, 2.ª ed., 1980, pp. 639-644 (en p. 641 advierte que, al

sumo regularidades estadísticas, y estas, por lo demás, aniquilan la individualidad del concepto sujeto, porque la peligrosidad es una noción absolutamente individualizada, no la magnitud generalizadora propia de las tipologías de criminales. De modo que el hundimiento del paradigma etiológico deja al justiciable, cuya peligrosidad se sospecha, a merced de la capacidad intuitiva de sus jueces, a un procedimiento de tanteos y aproximaciones apoyadas en inciertas máximas de la experiencia o el perniciosísimo “sentido común”.²⁵ Pero entonces la peligrosidad se nos muestra en su sempiterna esencia, la de una “cómoda etiqueta que canaliza una necesidad emocional de tranquilidad respecto de personas a las que se percibe como una amenaza para la sociedad”.²⁶ La intuición tampoco puede parapetarse con suceso en factores objetivos, en supuestos índices de peligrosidad predeterminados por la majestad impersonal de la ley. Nada menos que en Italia, la patria de esta categoría, se piensa que los motivos para delinquir, el carácter del reo y su conducta anterior, contemporánea y posterior al delito, o sea, los elementos de que el juez ha de deducir la peligrosidad social del hechor (artículos 133 y 203 del Código de 1930), están dotados de una generalidad tal que los priva de todo significado revelador de la probabilidad de reincidencia. Por eso los tribunales de ese país se abstienen actualmente de formular declaraciones de peligrosidad, con la consiguiente derogación fáctica de las famosas medidas.²⁷ Esto vale tanto más respecto de los criterios rudimentarios que enuncia el Código guatemalteco para los candidatos al cadalso como asesinos peligrosos.

Enseguida, aun si existiese un procedimiento seguro con que establecer y medir la peligrosidad, así como la voluntad de emplearlo en serio, la aplicación de la pericia criminológica requeriría una competencia técnica, un tiempo y unos recursos con que no cuenta judicatura alguna en el mundo, sin mencionar que el proceso penal tampoco se presta para estos manejos, cuyo éxito presupone una intromisión en la intimidad del reo bajo todo punto inaceptable en un ordenamiento para el cual “il giure penale è protettore della libertà umana così esterna,

revés, la formulación de un pronóstico desfavorable de conducta puede influir negativamente sobre el comportamiento del sujeto, como pronóstico “peligroso”).

²⁵ Que, en realidad, es solo un conjunto mejor o peor ordenado de prejuicios. Incluso en el panegírico que le dedica William James, las categorías del sentido común, esas “máximas de la experiencia” tan socorridas en el proceso penal moderno a falta de conocimientos científicos “no son sino sublimes ardidés del pensamiento humano, nuestros medios de escapar al desconcierto en medio del irremediable flujo de la sensación”. *El Pragmatismo* (traducción del inglés y prólogo de Luis Rodríguez Aranda), Buenos Aires: Aguilar, 6.ª ed., 1975, p. 147.

²⁶ Fiandaca y Musco: *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.ª ed., 2007, p. 812. Negar que en dicha necesidad emotiva fluyan los prejuicios sociales y el ayuno criminológico de los juzgadores sería tan ingenuo como atribuir a la intuición el nombre de método científico de prognosis delictuosa. Es más, en la mayoría de los casos no lleva a resultados necesariamente correctos. Cf. Kaiser: o. cit., p. 159.

²⁷ Fiandaca y Musco: o. cit., cf. pp. 816-817.

così interna".²⁸ Con lo que de nuevo volvemos a las teorías ingenuas o cotidianas de la conducta del hombre, a su ilimitada fe en la objetivación suministrada por el pasado criminoso del reo y la capacidad humana de vaticinar la conducta ajena, solo que en el acto de sentenciar o dentro de los apretadísimos términos de la audiencia en que se decide una prisión preventiva. Se comprenderá que, siendo así, el vaticinio, incierto en sí mismo, degenera en un oráculo o cábala.²⁹

Donde peor parada sale la peligrosidad es en la apreciación filosófico-política. Siendo fundamental en el Estado de derecho el reconocimiento de la dignidad humana, consustancial a todo ordenamiento de matriz liberal la posición preeminente del individuo dentro del grupo, y por reposar ambos axiomas en la libertad que conviene al hombre, entonces la peligrosidad debe desaparecer de las leyes penales, porque mientras su concepto desfigura la personalidad de aquel, bifurcándola en una escisión jurídica y moralmente inadmisibles —el hombre como persona, por ende, inocente o culpable, y, a la vez, como fragmento de la naturaleza, por tanto, peligroso o inocuo—, sus efectos jurídicos lo castigan por delitos que no ha cometido ni sabemos si perpetrará, tratándolo pues, “como simple *medio* para alcanzar fines que interesan a la mayoría”,³⁰ con paladino menosprecio de su autonomía. Y puesto que la dignidad, esto es, la pertenencia a sí mismo y la disposición de sí, es atributo constitutivo de la persona humana, como reza el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos, bien cabe calificar como opuestas a una Constitución personalista, las disposiciones legales que imponen medidas de seguridad o agravan la pena del imputable calificado de peligroso.³¹ La

²⁸ Carrara: *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bolonia: Il Mulino, 1993, p. 44.

²⁹ Cábala, porque es “un cálculo de probabilidades que conforme a su naturaleza resulta inverificable, pues nunca pueden serlo los hechos futuros, y es obvio que la justicia penal solo puede juzgar hechos pasados”. Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., p. 1044.

³⁰ Bettiol: “Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza”, en sus *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. I, pp. (514-523) 520.

³¹ O reincidente. El rechazo de la peligrosidad por la Corte Interamericana fue argumento central de la Corte Suprema argentina para declarar, en sentencia del 5 de septiembre de 2006, la inconstitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado que contempla el artículo 52 del Código Penal, “en tanto dicha regla se fundamenta en la *peligrosidad social* del multireincidente”. Ziffer: “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermin Ramírez’”, en el periódico *La Ley*, de Buenos Aires, suplemento de *Derecho Constitucional* del 19 de diciembre de 2006, p. 4. En su aguda crítica del fallo de la Corte Interamericana, Patricia Ziffer argumenta, entre otros extremos, que la total exclusión de la peligrosidad del Estado de derecho no sería factible, ya que, por lo pronto, haría caer por su base las medidas preventivas que los derechos civil y administrativo consultan para situaciones o personas que representan, según un cálculo de probabilidades, un peligro para sí mismas o terceros. Véase *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en derecho penal* (prólogo de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2008, especialmente pp. 139 y 145. Ahora, las medidas civiles o administrativas que se refieren a objetos peligrosos, como un edificio que amenaza ruina, se sustraen a la observación de la colega rioplatense, porque las cosas no actúan. Pero también resisten con éxito su crítica el internamiento de enfermos mentales y las medidas

peligrosidad, pues, es inconstitucional en un Estado de derecho, pero también inválida a la luz del derecho internacional sobre las prerrogativas fundamentales de las personas.

3. Peligrosidad y derecho penal de autor

El derecho penal liberal, fruto del liberalismo político, presenta, entre otras características, la legalidad de delitos y penas, la proporcionalidad de estas a la gravedad objetiva de las infracciones, el reconocimiento del principio de culpabilidad, un acusado realismo y capturar en sus descripciones típicas, o supuestos de hecho, actos singulares y delimitados espacio-temporalmente del hombre.

Liberalismo penal es sinónimo de derecho penal de acto. Si a todo ordenamiento punitivo de esta inspiración ha de parecer monstruoso el considerar modos de ser de las personas, la manera en que han conformado su personalidad o decidido su vida, eso obedece a una triple explicación. Por lo pronto, unas estampas o arquetipos humanos no podrían ser vaciados en las leyes punitivas sin serio quebranto del mandato constitucional de determinación (nullum crimen sine lege certa). Enseguida, la función de la pena en la sanción del delito tampoco puede cumplirse frente a personalidades o caracteres, pues solo cabe desvalorar penalmente, por tanto, retribuir, lo que alguien hace, no aquello que el individuo agente es.³² Sobre todo, la pretensión de arrastrar al ciudadano a una rendición general de cuentas sobre la conducción de su existencia implicaría degradarlo al papel de súbdito o cosa y elevar al que exige la cuenta, el Estado, a la categoría de una entidad omnisciente, capaz de indagar en los pliegues infinitos de la individualidad del acusado, y todopoderosa, por su aptitud de llevar a término la operación con los toscos medios del proceso penal. La mentalidad liberal responderá que la pretensión en palabra, amén de irreal, sería tiránica; que el Estado pasa así a ser el todo, lo único que posee valor e importancia, y el individuo queda rebajado a elemento accidental, caduco y errátil, cuya entidad no interesa

cautelares acordadas en el proceso civil contra el demandado. El internamiento no cosifica al enfermo, a diferencia de la etiqueta de peligroso; se limita a sentar una condición necesaria para el tratamiento médico. A su vez, las medidas precautorias tienen como primerísimo fundamento la eventual pérdida o deterioro de cosas, o que los bienes del demandado no ofrecen suficiente garantía de que este responderá a los resultados del juicio; en otras palabras, aquí se pretende asegurar la integridad del patrimonio, antes que formular vaticinios sobre la conducta futura de su titular.

³² Beling, *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*. Scientia Verlag Aalen, 1978 (reimpresión de la edición de Leipzig en 1908), cf. p. 52.

sino en la medida en que puede ser absorbido por el poder transpersonal y sustancialista engendrado por esa elucubración, el cual, por ende, podrá fulminar contra la molesta categoría infinitesimal representada por el hombre las sanciones que desee, sin tener que parar mientes en la gravedad de lo que este realizó ni en su disposición subjetiva acerca del hecho.

Más allá de la concreta manifestación de sus versiones históricas en la Alemania nazi, la Italia fascista y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas,³³ distinguen siempre al derecho penal totalitario rasgos completamente antagónicos al tipo de ordenamiento abocetado en el párrafo precedente. Al totalitarismo repugnan la legalidad, la proporción de las penas a los delitos y, muy especialmente, detener el aparato punitivo ante soluciones de continuidad en la conducta del hombre.

Recibe el nombre de *derecho penal de autor*, ingénito a la ideología totalitaria en el terreno jurídico, la tendencia a castigar maneras de ser o de obrar del individuo, así como estas se transparentan en la continuidad de su desarrollo individual y social. Este objetivo pudo alcanzarse en la historia contemporánea a través de dos mecanismos. Uno consiste en el empleo de la noción de peligrosidad y los tipos naturales de autor resultantes: delincuentes habituales, profesionales o por tendencia. El segundo, a su vez, fragua tipos normativos de autor, estereotipos sociales del modo en que estos serían percibidos y vivirían en el magín de la comunidad, colocándolos en el corazón de las figuras delictuosas o interpretándolas según ellos. Dicho procedimiento permitió sancionar penalmente, durante el predominio nacionalsocialista en Alemania, no el acto de matar a un hombre, sino al asesino; no la adquisición de especies hurtadas a sabiendas de su origen delictivo, sino al receptor; no al que se apropia de cosas ajenas, sino al ladrón, etcétera. Sin embargo, por encima de sus diferencias, ambos procedimientos convergen en no admitir límites a las injerencias del poder del Estado en las personas, para hacer del delito una forma de deslealtad, y de cada delincuente, por ínfimo que fuese su hecho, un traidor, un enemigo del conglomerado social y de su intérprete infalible, el Estado.³⁴ De ahí que la persona deja de ser culpable por sus actos; ahora lo será por su personalidad, carácter o la conducción de su vida: parafraseando a Erik Wolf —el creador de los tipos

³³ Sin nombrar las todavía presentes en Cuba, Corea del Norte y China. Los países de la antigua Europa del Este (Albania, 1994; Eslovenia, 1994; Croacia, 1997; Rusia, 1997; Polonia, 1998, etcétera) han cambiado sus Códigos de la época comunista, de modo que ya no se inscriben en este círculo. Cf. Palazzo y Papa, *Lezioni di diritto penale comparato*. Giappichelli, Torino, 2000, pp. 48-49.

³⁴ "La concepción totalitaria percibe el delito, sobre todo, como una acción de desobediencia o de traición, como violación de deberes o manifestación de rebeldía". Hurtado Pozo, *Manual de Derecho penal*. Parte general, I. Grijley, Lima, 3.ª ed., 2005, p. 775.

normativos de autor—, se trata del castigo del delincuente como “miembro personal de la comunidad de derecho con una decaída actitud interna jurídica”.³⁵ Pero de ahí, también, que en la punición, no de lo que el sujeto hace, sino de lo que él es —la esencia del derecho penal de autor, bien sintetizada por la Corte Interamericana en su fallo—, desaparece la individualidad de la persona, de la que solo queda el generalizador encasillamiento resultante de su cotejo con grupos naturalísticos o abstracciones intuicionistas revestidas con ropajes de ética social.³⁶

Prescindiendo del episodio de derecho penal de autor que maculó la reforma facciosa al Código de España en 1944,³⁷ y del bien conocido caso cubano, lo cierto es que el derecho penal codificado de los países iberoamericanos ha permanecido en general al margen de aquel lamentable espectro. La excepción, empero, asoma en la legislación especial y los pasajes ya citados de algunos Códigos, con la idea de la peligrosidad, que fue también el primer intento histórico, emprendido por los positivistas, de reemplazar la tipología de acciones con una tipología de delincuentes.³⁸ Las leyes de peligrosidad sin delito, las medidas de seguridad propiamente tales y la agravación de la pena para el imputable peligroso son prueba, en nuestro continente, de que la distinción entre tipo criminológico y tipo normativo de autor es una sutileza tan pseudocientífica como la pareja de conceptos en que se basa, perfectamente idénticos en sus consecuencias prácticas. El tipo normativo de delincuente tiene fines represivos, eso es indudable; pero también el tipo criminológico posibilita tanto una evaluación preventiva como un desenlace represivo.³⁹ Y es este último el que ha signado precisamente el destino penal de reincidentes, delincuentes habituales, profesionales, etcétera, amén del sujeto cuyo delito particular revelaría en él propiedades espantables, como el reo de asesinato en el Código guatemalteco. Bien mirada, la peligrosidad como factor de graduación de la pena o elemento constitutivo de agravaciones específicas de delitos singulares no es sino el medio con que

³⁵ “Sobre la esencia del autor”. Traducción y Nota preliminar de José Luis Guzmán Dalbora, en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, de Granada, 2008, número 10, disponible en internet <<http://criminet.ugr.es/recpc/10/repc10-r4.pdf>>, 25 de agosto, p. 7.

³⁶ “En ambos planteos el criminalizado es un ser inferior y por ello es penado (inferioridad moral: estado de pecado; inferioridad mecánica: estado peligroso), pero no es su persona la única que se desconoce, pues *el curso del Derecho penal de autor propone a los operadores jurídicos la negación de su propia condición de personas*”. Zaffaroni: *Derecho penal*, o. cit., p. 66.

³⁷ Sobre la que es clásico el estudio de Juan del Rosal: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2.ª ed., corregida y aumentada, 1953, pp. 98 ss.

³⁸ Bettiol: “Azione e colpevolezza nelle teorie dei ‘tipi’ di autore”, en sus *Scritti giuridici*, o. cit., t. II, cf. pp. (535-564) 542.

³⁹ *Ibidem*, cf. pp. 559-560, y Del Rosal: o. cit., cf. p. 51.

la prevención especial de las infracciones ha conseguido imponer su faz más grosera, como inocuización o eliminación de personas indeseables, en radical contraste con el sentido que imprime a la ejecución de las penas privativas de la libertad el Pacto de San José de Costa Rica, y desprecio de las enseñanzas de la historia, cuya meditación debiera “contribuir a que los gravísimos errores político-criminales del pasado, algunos de ellos de catastróficas consecuencias, no sigan reproduciéndose en el presente y desaparezcan en el futuro”.⁴⁰ Evitarlos es lo que pretende la sentencia que venimos glosando.

4 ● Peligrosidad y legalidad penal

Nuestro fallo declaró incompatible la valoración de la peligrosidad del sujeto imputable con el principio de legalidad penal. Pues bien, a la luz de nuestras consideraciones sobre la primera y el tipo de derecho penal que le es propio, el de autor, quedamos en condiciones de desplegar las razones del antagonismo. Pensamos que su mérito demuestra lo que insinuamos al principio, o sea, que la en palabra es una antítesis radical y sin remedio; pero nos releva también que el estado peligroso, contemplado desde la perspectiva de los conceptos jurídicos fundamentales, es una noción no jurídica o ajena a las posibilidades regulativas del derecho *tout court*.

Vayamos de inmediato a lo último, por su crucial carácter. Es imposible en teoría e impracticable para las tareas legislativas configurar *determinadamente*, como “tipos de peligrosidad”, las situaciones subjetivas que aquí interesan. Se trata de un impedimento que sobrepasa el estrecho ruedo del derecho penal, con sus exigencias de completitud en el corazón de las descripciones delictuosas —el núcleo de los tipos—, y afecta a las leyes en general y las normas de derecho en su conjunto, con lo que queremos decir que el principio de actividad, que los penalistas manejamos en la faceta que nos incumbe, como *nullum crimen nulla pœna sine actione*, atraviesa de cabo a rabo los distintos sectores del ordenamiento cual exigencia constitutiva de su ser jurídico. En efecto, “por su propia entidad, el derecho no puede regular maneras de ser de los hombres, ni tampoco la manera como conformen su personalidad o su vida, ni hacer recaer sobre un hombre las consecuencias jurídicas que se sigan del obrar de otro o de acontecimientos naturales, sino únicamente los actos, positivos o negativos, que haya producido como individuo

⁴⁰ Gómez Marín: *¿Tiene cabida el derecho penal de autor en un Estado liberal?* (prólogo de Santiago Mir Puig), Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2007, cf. p. 309.

y que posean significación intersubjetiva, o sea, que hagan relación con otro”.⁴¹ Que no puedan darse supuestos de hecho y consecuencias desfavorables⁴² sin un *acto* susceptible de atribución al infractor de las normas jurídicas, se debe a la estructura lógica de estas, que depende, a su vez, del concepto lógico-abstracto del derecho y de una de las nociones fundamentales o *a priori* derivadas de él, a saber, la juridicidad y su anverso, lo antijurídico. El derecho es un ordenamiento regulador del obrar interindividual de los hombres, nota que recibe de antiguo el nombre de *alteridad*. De este valer frente a otros, *hominis ad hominem*, que “no es un elemento sobrevenido o complementario, sino la misma esencia lógica del Derecho”,⁴³ emerge que los actos que solicitan su intervención, precisamente porque vienen considerados por su efecto entre una pluralidad de sujetos, no pueden consistir en situaciones unilaterales de uno de los individuos jurídicamente vinculados, como la peligrosidad. Lo único que el derecho está en condiciones de cumplir a su respecto es calificar las manifestaciones externas que suponemos desprendidas de ella, o sea, los actos singulares en que se expresa, con lo cual, empero, su concepto es indigno de atención y, en definitiva, desaparece. La contraprueba viene ofrecida por el binomio formado por la juridicidad y la antijuridicidad. El sentido tutelar o de garantía del derecho en la relación intersubjetiva implica que para que el obrar de un individuo pueda ser considerado como antijurídico o conforme a derecho es preciso que asista a otros la facultad de impedir la actuación correspondiente o, al revés, el deber de dejarla incólume.⁴⁴ Por de contado que no existe ni podría extenderse la autorización jurídica

⁴¹ 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, 1999, pp. (735-751) 745.

⁴² O favorables, en el caso del derecho no sancionatorio o *premial*, siquiera entre sus estudiosos se habla también, a veces, de “sanciones” positivas para el que cumple ciertas normas jurídicas en cuya observancia existe un especial interés del Estado. Cf. Bobbio: *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Madrid: Debate, 1990, pp. 374-376 y 387-391. Para el derecho penal sigue conservando valor Jiménez de Asúa: “La recompensa como prevención general. El derecho premial”, en *El criminalista*, o. cit., t. VI (XVI de toda la colección), 1964, pp. 10-75.

⁴³ Del Vecchio: *Filosofía del derecho*, 9.ª edición española corregida y aumentada (revisada por Luis Legaz y Lacambra), Barcelona: Bosch, 1974, p. 335.

⁴⁴ “Ser conforme a Derecho significa lo mismo que *no impeditible*”. *Ibidem*, p. 334, a lo que añade, significativamente: “pero no es lo mismo que ser conforme con la ley moral”. Se trata de una conocida regla de la axiomática jurídica. Cf. García Máynez: *Introducción a la lógica jurídica*, México: Colofón, 2.ª ed., 1989, pp. 246-247. Y puesto que la lógica jurídica no es nunca meramente formal, sino de contenidos valorados, la regla se vincula con el concepto de *bien jurídico*, como en la definición de Alexy: “[...] los bienes protegidos son las acciones, propiedades o situaciones y posiciones de derecho ordinario que no pueden ser impedidas, afectadas o eliminadas” (o. cit., p. 264).

Sobre la juridicidad (y lo injusto) como concepto fundamental jurídico, véanse Stammler: *Tratado de filosofía del derecho* (traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces), Madrid: Reus, 1930, pp. 294-296, y Radbruch: *Filosofía del derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952, p. 50.

para *evitar* la *peligrosidad* ajena. Lo mismo la estructura bilateral de las relaciones de derecho que la función de valoración de sus normas, base del concepto de antijuridicidad, hace de la pretensión de impedir que una persona sea peligrosa una quimera tan vana cuanto la suposición de que habría una norma de derecho que se lo prohíbe.⁴⁵ De ahí que tampoco quepa encajar con precisión “conductas” o “comportamientos”, términos que en el idioma castellano aluden a actuaciones continuadas de un sujeto,⁴⁶ en el papel de supuesto de hecho de los tipos penales. La manera de conducirse el individuo y lo que ella deja adivinar, sea venturoso o espeluznante, es asunto reservado al foro de la conciencia y al confesionario. No está de más recordar que por debajo de la doctrina de los tipos normativos de delincuente, que nos ocupó en el párrafo anterior, permanecía en sordina, aún más oculta que las categorías naturalistas fraguadas por el positivismo criminológico, la idea religiosa del pecador.⁴⁷

Enseguida, admitiendo que la ley pudiese captar en los tipos formas de manifestación de la peligrosidad, eso no significa que con tales indicaciones estén realmente presentes los datos de que el juez podría inferir sin ambages la disposición peligrosa del malhechor. El impedimento ontológico de ajustarle a porfía estados o situaciones personales, con la ilimitada riqueza de facetas que ellos amadrigan, obstáculo que asoma no bien el derecho pretende intervenir penalmente en la personalidad de los justiciables, aniquila el valor sintomático de pretensos factores como los que enuncian los Códigos de inclinación peligrosista, aun el de haber el sujeto cometido delitos en el pasado.⁴⁸ La

⁴⁵ “No existe precepto alguno que imponga a un individuo no ser peligroso”, escribió Bettiol (*Diritto penale*, o. cit., p. 953). En su certera refutación a la idea de Grispigni y otros neopositivistas, para quienes la peligrosidad debía ser considerada como un estado antijurídico, el profesor de Padua hizo ver que el juicio de antijuridicidad no es posible sino con referencia a un acto; “en cambio, el hombre, en cuanto ‘peligroso’, es pasible únicamente de una calificación jurídica que no posee los caracteres de la desaprobación ni del reproche” (ibídem, p. 454). Digamos por nuestra cuenta que falta asimismo una norma jurídica que prohíba ser reincidente, contrariamente a lo que piensa Mir Puig, tras la estela de Armin Kaufmann. Cf. *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1974, p. 533.

⁴⁶ “Decir ‘conducta’ resulta lógico para quienes patrocinan el concepto sintomático de acción y la culpabilidad del carácter, pero no para quienes pensamos que en el juicio de culpabilidad este se *refiere* a un *acto* concreto”. Jiménez de Asúa: *Tratado*, o. cit., t. III, 1958, p. 331, nota 2 bis.

⁴⁷ En el derecho penal proyectado por el régimen nazi seguían presentes los criterios biológicos sobre la personalidad heredados del positivismo peligrosista. Véanse las inequívocas expresiones de Roland Freisler, secretario de Estado del Ministerio de Justicia del Reich y, durante la guerra, presidente del siniestro Tribunal del Pueblo, en Grispigni y Mezger: *La reforma penal nacional-socialista* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni y Rodrigo Codino), Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 91-92.

A su turno, la asociación entre *Täterschuld* (culpabilidad de autor, no por el hecho singular) y pecador se remonta a uno de los principales teóricos del *Täterstrafrecht* (derecho penal de autor), Paul Bockelmann, como lo destaca Bettiol: *Azione e colpevolezza nelle teorie dei “tipi” di autore*, o. cit., cf. p. 556.

⁴⁸ Criterio también cuestionado en su mérito indiciario de peligrosidad por los criminalistas italianos. Cf. Marinucci y Dolcini: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*. Milán: Giuffrè, 2.ª ed., 2006, p. 56.

comisión de delitos, incluso graves, no es sinónimo de que volverá a delinquir, como en la vieja admonición de Feuerbach. Redondeando su pensamiento, digamos que presumir legalmente de la ocurrencia de graves maleficios el carácter peligroso de su autor es una trapacería lógica, un mentís de la individualidad del paciente del rótulo y un ingenio que desconoce el signo realista del derecho penal. La presunción jurídica, uno de los muchos recursos que el derecho toma a préstamo de la lógica formal, “es un medio técnico material que consiste en un juicio general inferido por medio de un razonamiento inductivo a partir de lo que efectúa o la manera como se produce comúnmente en determinadas circunstancias el obrar humano”.⁴⁹ O sea, que el razonamiento por presunciones llega al hecho ignoto, que busca despejar, tomando como base otro conocido y anudándolos con la máxima *id quod plerumque accidit*. El problema radica en la especial complejidad del razonamiento inductivo en el campo del derecho. Pues al versar este sobre actos del hombre, no de fenómenos sometidos a la necesidad y constancia de las leyes naturales, es evidente que falta la base lógica de la inducción y, por tanto, que la conclusión resultante tampoco puede poseer la validez universal de las primeras, mucho menos fuerza apodíctica. “Si los diversos estados psicológicos pudieran ser objeto de una determinación exacta y numérica”, acaso habría tenido éxito el instrumento que ideó Bentham, un decígrado para computar aritméticamente la probabilidad moral; pero la experiencia no podía rendir fruto⁵⁰ porque “la misma naturaleza del espíritu humano se opone a semejantes particiones y numeraciones”.⁵¹ De donde el alcance de lo que se presume queda en el derecho reducido a una posibilidad, sin mengua de que el razonamiento de que fluye el juicio, no apoyado en la inducción incompleta —característica de las ciencias naturales—, acaba por ser una argumentación por analogía. Como sea, el procedimiento en cuestión violenta la individualidad de las situaciones a que se aplica, un defecto inherente a este modo de razonar e incompatible con la noción totalmente individualizada de la peligrosidad. Dice con razón Engisch que es absurdo someter un real caso individual a un concepto lógico. Una cosa solo puede ser subsumida bajo otra

⁴⁹ Rivacoba y Rivacoba: “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1975, pp. (49-126) 86.

⁵⁰ Salvo en la literatura, como el tribunal electrónico, “un conjunto mecánico, animado solamente por la corriente eléctrica, que pretendía resolver, a fuerza de números, los misteriosos problemas del alma humana”, descrito con horror por Giovanni Papini en la serie de narraciones *El libro negro*, que citamos según las *Obras* del escritor florentino, con recopilación, prólogo y notas de José Miguel Veloso y traducción de Antonio de Ben y José Miguel Veloso, 4 vols., Madrid: Aguilar, t. I, 1957, p. 664.

⁵¹ Ellero: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (traducción del italiano por Adolfo Posada), Madrid: Reus, 1953, p. 35.

igual a ella. Pues bien, en el concepto lógico de la presunción solo puede haber otro concepto, o los datos naturales que sirvieron para construirlo, no conductas del hombre.⁵² Esto aparte, para un ordenamiento eminentemente realista, como es el derecho penal, al que interesa aquello que realmente ocurrió en un supuesto fáctico particular, no lo que pudo o puede suceder con arreglo a cómo acontecen de ordinario las cosas, las presunciones tampoco son admisibles, tanto las que ceden a prueba en contrario como, sobre todo, las absolutas.⁵³ Se explica, pues, la derogación, en 1986, de las presunciones de peligrosidad que macularon el Código italiano,⁵⁴ cuyo efecto irrefragable, propinquo a la ficción, consumó algo que sobrepasaba las esperanzas más risueñas del positivismo: la peligrosidad como *certeza* de que el sujeto delinquirá.⁵⁵

Se afirma que las objeciones que preceden podrían allanarse mediante una flexibilización de los requerimientos legalistas, en otras palabras, moderando para la peligrosidad el reclamo de determinación que emana del *nullum crimen sine lege*, so pretexto de que la proporción de la pena (o medida) de seguridad al estado peligroso y la jurisdiccionalidad de su imposición bastarían para poner a buen recaudo la libertad del acusado ante eventuales abusos de sus jueces.⁵⁶ Sin embargo, jurisdicción y proporción, separadas de la vigencia absoluta del principio de legalidad, no eliminan el arbitrio que esta procura circunscribir, además de que semejante flexibilización tampoco se acomoda a la legalidad según su verdadero sentido, el ser un *axioma* o *dogma*. ¡Pues cómo poner atajo a sus violaciones, cada vez más comunes en la moderna reforma penal, si se la considera un simple postulado o, según la dicción de muchos escritores, cual principio informador, constitucional o limitador del derecho penal! La legalidad penal no se compagina con tales adjetivaciones sin merma de su integridad. Principios son razones, proposiciones o verdades fundamentales. Por eso Beccaria, al abordar la división de los delitos y, después, la tranquilidad pública, no trepida en calificar la legalidad de fundamento o

⁵² *Introducción al pensamiento jurídico* (traducción de Ernesto Garzón Valdés y presentación de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967, cf. p. 77.

⁵³ Para otros pormenores del asunto nos permitimos remitir a nuestro artículo "Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal", en la *Revista Procesal Penal*, Santiago de Chile, n.º 47, mayo de 2006, pp. 9-17.

⁵⁴ Cuya base la suministraban "elementos ciertamente *no sintomáticos* de una real peligrosidad y, a veces, la *mera gravedad del delito*". Romano, Grasso y Padovani: *Commentario sistematico del Codice Penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. III, 1994, p. 387.

⁵⁵ A propósito de esto, es de notar que el determinismo del positivismo criminológico fue embustero. Reducir, como hizo Grispigni, el pronóstico de peligrosidad a una mera probabilidad de delinquir, no su certidumbre, traiciona que este pensamiento tampoco estaba seguro de lo que un hombre puede hacer, por más que reúna caracteres somáticos, psicológicos o sociales que lo dejan al borde del delito. Y ya hemos manifestado que la ley penal debe basarse en realidades, no en suposiciones.

⁵⁶ Al respecto, cf. Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal*, o. cit., pp. 72-73.

punto capital de la doliente disciplina.⁵⁷ Dado que los axiomas no acogen excepciones, resulta del todo consecuente que el milanés escriba de una pena no fundada en la ley, ser “abuso y no justicia; mero hecho y no ya Derecho”. He aquí cómo la aurora de nuestro dogma coincide con el anuncio de la única comprensión que se adecua a su índole, la de un principio *constitutivo* para todo ordenamiento jurídico-penal, el criterio que permite identificarlo como derecho y, con ello, suprimir de raíz el alienante embarazo de aplicar *invita minerva*, como jurídicas, reglas que no son merecedoras del predicado. Que la función constitutiva derive del concepto de hombre que prohijó la Ilustración, un ser racional, capaz de proponerse fines y de ordenar su conducta para alcanzarlos, y que con ello nada tenga que ver el concepto deshumanizado de hombre —mitad imputable, mitad peligroso— que inspira al criterio de la peligrosidad, parécenos tanto más claro cuanto que el Estado de derecho, que rota en torno de la dignidad de la persona humana, no puede asociar, sin descalabro de su estructura íntima, consecuencias jurídicas a una artificiosa fragmentación del individuo.

En fin, si la peligrosidad representa un ataque contra las exigencias de certeza y seguridad jurídicas en que se funda la legalidad de delitos y penas, también horada otra garantía del derecho penal propio del Estado de derecho: la aplicación igualitaria de la ley. A la desigualdad igualitaria de la individualización se opone el principio del hecho, ese subproducto del axioma legalista que equipara o estandariza delitos y penas, independientemente de las características individuales del delincuente, con lo cual “cierra el paso a la arbitrariedad y el despotismo de los sistemas que dan prioridad a la persona del autor en el momento de ponderar la respuesta del Estado”,⁵⁸ la arbitrariedad y el despotismo que hubo de sufrir Fermín Ramírez de los jueces de su país.

⁵⁷ *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento* (a cura di Franco Venturi), Turín: Einaudi, 3.ª ed., 1973, cf. pp. 25 (dogma político) y 30 (axioma general).

⁵⁸ García-Pablos de Molina: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 3.ª ed., 2005, p. 556.

5 • Peligrosidad y fin de la pena

La Corte Interamericana no se pronunció aquí sobre el magno problema del fin de la pena, pese a la indudable imbricación existente entre el objeto de su repulsa, la peligrosidad, y determinadas concepciones acerca del sentido teleológico de la punición.

En su comentario crítico del fallo Patricia Ziffer percibe esta deficiencia, así como el trasfondo iusfilosófico que oculta y los problemas dogmáticos que genera, a su entender, un rechazo tan rotundo del concepto en cuestión. En síntesis, la autora plantea que defenestrar la consideración de la peligrosidad del delincuente solo es posible en el marco de un derecho penal retributivo, por tanto, en un entendimiento de la pena donde la prevención de delitos no tiene lugar alguno, a vista y paciencia de que “un Estado republicano, limitado por el principio de proporcionalidad de los actos públicos, no puede dejar de preguntarse por los efectos de una pena sobre un sujeto concreto, si evitará que el condenado vuelva a cometer delitos, si carecerá de toda consecuencia o la impondrá ‘a cualquier precio’ a fin de demostrar la vigencia de la norma”.⁵⁹ Sucesivamente, estima que lo resuelto un lustro ha contradice los términos del propio Pacto de San José de Costa Rica, en su prescripción de que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados (artículo 5.º, párrafo 6). En opinión de la comentarista, negar que la peligrosidad pueda servir como factor de graduación de las penas en general o cual agravación específica de ciertas infracciones anularía de entrada toda posibilidad de acatar dicho precepto y, allende esto, la idea misma de la prevención especial.⁶⁰ Por último, el fallo del tribunal interamericano, si se lo asume en todo el rigor de sus términos, implicaría desmontar el sistema interno de ejecución de penas, como quiera que este “se sostiene en *pronósticos* acerca de los avances y retrocesos en la resocialización del condenado, es decir, en juicios, referidos al futuro, más o menos favorables, con relación a la posibilidad de que reincida”.⁶¹

Convengamos en la dependencia de la peligrosidad respecto de doctrinas que asignan a la pena la finalidad de prevenir delitos, especialmente que el propio condenado

⁵⁹ “Y esta ponderación de las consecuencias del actuar estatal —prosigue— no es posible sin reflexionar acerca de cuáles son las probabilidades de que ese sujeto vuelva a delinquir”. *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, cit., p. 8.

⁶⁰ “Mal que les pese a muchos, no hay prevención especial posible *sin consideraciones de peligrosidad*”. *Ibidem*, p. 9. Cf., además, *Medidas de seguridad*, o. cit., p. 141.

⁶¹ *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, o. cit., p. 9, y *Medidas de seguridad*, o. cit., cf. p. 143.

reincida, una de las variantes de la prevención particular. No es menos exacto que entre peligrosidad, por un lado, y retribución, por otro, media un abismo que ningún ejercicio especulativo podría salvar. La explicación del obstáculo, igualmente irremontable para las teorías relativas o de la unión de fines antagónicos, estriba en la diversa concepción del hombre de que parten retribución y prevención. Todo pensamiento preventivo mira al hombre en general, y al hombre que ha delinquido en particular, como un ser susceptible de procedimientos de manipulación de la conducta y, por ende, determinado en su obrar según la presencia o ausencia de ciertos elementos, incluidos tales métodos de manejo heterónomo. La idea subyacente a la peligrosidad es el paradigma de esta manera determinista de contemplarlo en su relación consigo mismo y con los demás. En cambio, “la retribución fluye de una concepción del hombre como ser capaz de conocimiento y voluntad, de autodeterminarse y obrar conforme a valores, y, por ende, de darse cuenta, es decir, de responder de sus actos, fundando y justificando así, entre la variedad de sanciones para estos, la sanción penal”.⁶² En otras palabras, la retribución, como esencia y, a la vez, finalidad de la pena, procura reverenciar en el individuo que ha delinquido, pero también en cada uno de sus semejantes, la dignidad que asiste a todos, su condición de seres librevolentes y fines en sí. Por consiguiente, con la aversión a la peligrosidad la Corte no hizo sino cumplir los términos del Estatuto, según cuyo tenor “*nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes*” y “*toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano*” (artículo 5.º, párrafo 2).⁶³ La apreciación de un hombre como peligroso, sea que el calificativo se le aplique francamente, sea bajo eufemismos como “riesgo social”, “compromiso delictivo” o “mal pronóstico de reinserción”, se mueve en el sentido exactamente opuesto del que dicta aquella disposición. Esto, aparte de los conocidos reparos que hacen blanco en las teorías de la prevención, una de cuyas contradicciones intrínsecas radica en considerar al hombre como determinado y, sin embargo, exigirle que responda por lo que hace, hasta el punto de someterlo a una pena que, para colmo, puede verse agravada por lo que él es o lo que son o cabe esperar que devengan otros a raíz del mal ejemplo, una pretensión que toca cotas absurdas en la llamada *prevención especial positiva*.⁶⁴ Por eso la primera preocupación de un Estado de derecho, si quiere

⁶² Rivacoba y Rivacoba: *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 43.

⁶³ En realidad, esta cláusula, que proviene del artículo 5.º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), es un precipitado de las exigencias de humanización de las penas ínsitas en la idea retributiva, según su entendimiento moderno, o sea, jurídico. *Ibidem*, cf. pp. 81-82.

⁶⁴ Contra la que el condenado bien podría clamar con las frases que August Strindberg estampó en su relato testimonial *Inferno*: “¡El arrepentimiento!, ¿acaso no es desautorizar a la Providencia que me había elegido para

proceder racionalmente en los asuntos penales, ha de ser proporcionar las penas a la gravedad objetiva y subjetiva de los actos delictuosos, no al tenor de conjeturas sobre cómo el autor se condujo antes o se comportará en el porvenir.⁶⁵

Enseguida, hay para dudar de que la regla sobre la reforma y readaptación social de los condenados denote indefectiblemente una adhesión del sentido objetivo del Estatuto a la prevención especial positiva. Por lo pronto, es interesante que la cláusula del artículo 5.º asocie ese propósito nada más que a las penas privativas de la libertad, se diría que a sabiendas de que la prisión, cualquier prisión (breve, larga, dura o atenuada), compromete en los hechos más bienes jurídicos que el único que ordena restringir la sentencia de condena, la libertad ambulatoria, y produce efectos nocivos, incluso graves e irreparables, en la personalidad, los vínculos familiares y el conjunto de relaciones de vida del recluso. Pues bien, en pos de amenguar la desproporción, para reducir en lo factible el contenido ilegal de penas de esta naturaleza, se comprende el proyecto normativo de que cuando menos una de tales secuelas, que no falta jamás, la desocialización,⁶⁶ no navegue a velas desplegadas, que arrase con la dimensión social del preso. El intento de reforma y readaptación, pues, puede leerse como un programa máximo destinado a

ser objeto de su flagelo? ¿No es decir a las potencias: habéis guiado mal mi destino; me habéis hecho nacer con la vocación de castigar, de derribar ídolos, de rebelarme, y luego me retiráis vuestra protección para obligarme a una abjuración ridícula? ¡Representar un acto de contricción, hacer una retractación pública! ¡Cómo queréis que se tome uno en serio lo que se manifiesta como una inmensa broma!”

⁶⁵ La proporcionalidad de las punitivas tiene como presupuesto la índole retributiva de estas; más aún, “es sobre la base de la idea de la retribución sobre la que hizo su ingreso en el Derecho penal el criterio de la *proporcionalidad*, ya que la pena retributiva es ‘naturalmente’ proporcionada al comportamiento efectuado”. Bettio: *Diritto penale*, o. cit., p. 813.

Es claro que el pensamiento preventivista no compartiría los conceptos vertidos aquí. Positivismo y neopositivismo quisieron ajustar la índole y medida de sus medios de defensa social a la peligrosidad del delincuente, la cual, supuesto que exista y pueda ser establecida científicamente, es un puro *factum*, del todo refractario a criterios de valor. Asimismo, con su conocida enemiga a la finalidad retributiva no hay para sorprenderse de que el penalismo actual, procurando revestir ciertos efectos empíricos con una lámina de valor, enderece sus esfuerzos a encadenar este requisito de la pena al propósito profiláctico que atribuye al *ius puniendi*, sea porque las punitivas desproporcionadas “pueden suscitar sentimientos insufribles en el potencial transgresor y alterar en los coasociados la percepción de la correcta escala de valores que debiera reflejarse en la relación entre los delitos singulares y las sanciones correspondientes”, sea por considerar que la proporción es también premisa básica de la prevención especial positiva, de la “aceptación psicológica por el condenado de un tratamiento dirigido a que recupere la capacidad de apreciar los valores tutelados por el ordenamiento” (Fiandaca y Musco: *Diritto penale*, o. cit., p. 692). Es fácil apreciar que la fuerza de la idea retributiva es de tal magnitud que incluso dentro de la orientación preventivista, *malgré elle*, la gravedad del delito sigue siendo la medida determinante de la condigna punitiva, conforme demuestra el recurso a esa “escala de valores” traducida precisamente por las infracciones criminales.

⁶⁶ Me hago cargo de que el voquible es espantoso; pero tampoco suenan mejor en nuestro idioma los de *aculturación* y *prisionización*, que, sin embargo, designan un proceso psicológico propio del mundo penitenciario. Cf. Hentig: *La pena*, 2 vols. (traducción y notas por José María Rodríguez Devesa), Madrid: Espasa Calpe, t. II (“Las formas modernas de aparición”), 1968, p. 238.

restituirle con la mano del derecho lo que otra, enguantada, le quita día a día tras los muros de la cárcel, por más que el ensayo esté viciado por el sinsentido de pretender lo imposible y la mala conciencia del artífice de toda la operación.

De los requisitos “peligrosistas” en las penas sustitutivas o meros sustitutos de las de encierro (condena de ejecución condicional, reclusión nocturna, de fin de semana o domiciliaria, libertad vigilada o asistida, etcétera), el régimen progresivo de la ejecución y, en particular, la libertad condicional, cabe pensar parecidamente. Estas y otras vicisitudes de la punición no tienen el sentido que se les suele atribuir: precaver la recaída en el delito. La realidad de las cosas, de que ninguna interpretación jurídica puede desentenderse sin degradar la dogmática a un conjunto de formas sin contenido y resultados sin valor, certifica algo muy diferente, a saber, que esos institutos antes constituyen un reconocimiento mejor o peor disimulado del efecto corruptor de la prisión, la consagración de una especie de *ius primi criminis* “y un cómodo recurso para aliviar la población y el presupuesto carcelarios, que la adopción de medios que obren con eficacia en el penado y una adscripción sería al pensamiento de la prevención especial”.⁶⁷ Siendo así, en lo que lleva razón la detractora del fallo es que, “leídas con detenimiento, la mayor parte de las objeciones que la Corte Interamericana formula en el caso ‘Fermín Ramírez’ contra la idea de peligrosidad son, en definitiva, cuestionamientos a la legitimidad de toda prevención especial”.⁶⁸

Si la peligrosidad y, con ella, la prevención especial no han de ser consideradas en un delito común de particular gravedad, como es el asesinato, cabe interrogarse si pueden ser tomadas en cuenta para la sanción de los crímenes internacionales. A decir verdad, estos, por su supina significación, debida a la magnitud del injusto del genocidio y de muchos delitos contra la humanidad y de guerra, son el verdadero banco de prueba, la piedra de toque para las doctrinas que se disputan el crucial extremo del fin de la pena en general.⁶⁹ La razón de ello salta a la vista. En el mundo del derecho⁷⁰ el vigor de los principios, el mérito de las teorías y la rectitud de los fines se templan cabalmente, no

⁶⁷ Rivacoba y Rivacoba: *Función y aplicación*, o. cit., pp. 90-91.

⁶⁸ Ziffer: *La idea de “peligrosidad” como factor de la prevención especial*, o. cit., p. 20.

⁶⁹ De la poca atención que ha merecido el asunto manifiesta su asombro Kai Ambos: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional” (traducción de Marta Susana Donis Gallardo), en *la Revista de Derecho Penal y Criminología*, cit., 2.ª época, n.º 12, 2003, cf. pp. (191-211) 191-192. Una argumentación del fin de la pena internacional sobre la base de la teoría jurídica de Kant, en Gierhake: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlín: Dunker y Humblot, 2005. Para una perspectiva que enlaza la punición en palabra con la llamada *justicia restaurativa*, véase Henham: “The Philosophical Foundations of International Sentencing”, en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 1, 2003, pp. 64-85.

⁷⁰ Aunque lo que se indica a renglón seguido puede predicarse perfectamente del conjunto de las ciencias morales y políticas.

al contacto de los sucesos triviales producidos por la rutina de la vida cotidiana, sino precisamente en las que Karl Jaspers llamó *situaciones límites*. Es aquí, en los *hard cases*, donde arriesgamos volvernos infieles a nosotros mismos⁷¹ —es decir, mudar misteriosamente la sólita teoría por otra, hacer deportiva capitulación de los principios defendidos con aplomo en los hechos corrientes, confundir los conceptos inveterados con otros, etcétera—, que apremia justipreciar las bondades de las construcciones especulativas sobre la finalidad de la pena y la justificación del *ius puniendi*.⁷² Pues bien, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre crímenes internacionales la prevención especial no recibe mención alguna. Ni una sola palabra. Al contrario, el tribunal prohija la lucha contra la impunidad y el derecho de las víctimas al castigo;⁷³ en otras palabras, unos bríos que no encarnan ciertamente concepciones preventivas, sino el triunfo de la cobertura ideológica del prurito vindicativo.⁷⁴ De su parte, la jurisprudencia de los

⁷¹ Cf. Jaspers: *La filosofía desde el punto de vista de la existencia* (traducción de José Gaos), México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica, 1990, p. 49.

⁷² No compartimos la opinión de que habría una diferencia esencial entre la razón de ser del *ius puniendi* nacional y del internacional, como creo deducir de Ambos (o. cit., cf. pp. 210-211), en las que, con todo, él discurre de unas “funciones” y “fines” del derecho penal, algo que semántica y conceptualmente no coincide con un problema iusfilosófico como es la *justificación* de los sectores del ordenamiento jurídico. *Función* es un concepto sociológico; *fin*, uno ideal (asociación de una idea pura con un propósito concreto de la voluntad) y *fundamento*, otro metafísico. Para nosotros, esa razón de ser, salvaguardar las condiciones fundamentales de subsistencia y los intereses más caros de la comunidad organizada, es exactamente la misma en las comunidades nacional e internacional, que en esto se diferencian en una mera cuestión cuantitativa o de grado, porque los bienes de que se ocupa la última tienen una entidad y, sobre todo, una extensión mayores que aquellos en que cifra su interés la primera.

⁷³ Entre otros ejemplos que cabría aducir, interesan especialmente dos. En el fallo del caso *Almonacid*, ya citado, la Corte declara que “si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción” (fundamento 110). Asimismo, “los crímenes de lesa humanidad producen la violación de una serie de derechos inderogables reconocidos en la Convención Americana, que no pueden quedar impunes. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que la Corte ha definido como 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” (fundamento 111). Una combinación de entrambas posturas luce también en la sentencia del 14 de marzo de 2001, para el caso *Barrios Altos contra el Perú*, donde la Corte expresa que “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” (fundamento 43).

⁷⁴ Tales ideologías no se presentan como pensamientos sobre el fin de la pena, sino que consideran la lucha contra la impunidad, al igual que el derecho de víctimas y deudos a la punición, como un fin del derecho penal. Por eso no se hallará en ellas referencias a la prevención, general o especial, positiva o negativa, aunque tampoco cabe calificarlas como retributivas. Y no podrían darse relaciones con las doctrinas penales, porque rotan alrededor de la víctima, no del victimario, lo que excluye la prevención, o bien del crimen internacional como *injusto absoluto*, y esto impide por principio la retribución. Véase el lúcido estudio de Silva Sánchez: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en

tribunales penales internacionales rechaza tanto la peligrosidad como la reinserción social del hechor, seguramente porque el carácter excepcional de estas fechorías, el tipo de sus autores y el ambiente institucional o político en que delinquieron condenarían al fracaso todo intento de intimidarlos o resocializarlos.⁷⁵ En sus fallos predominan criterios de prevención general negativa, mientras que parte de la doctrina especializada procura ajustarlos a la versión positiva o integradora, como “una *contribución al establecimiento y consolidación de un orden jurídico internacional (penal) de valores comunes*”.⁷⁶ También los tribunales superiores de algunos Estados han emprendido el camino de armonizar ambas facetas de la prevención general. “La sociedad, en efecto, no toleraría que transgresiones de tal magnitud queden definitivamente impunes, con el pretexto de que el castigo ya no puede resocializar al que no está más en condiciones de reincidir, pues, no obstante ello, sí puede actuar reforzando para el futuro en los ciudadanos el respeto por los valores elementales sobre los que descansa la posibilidad de una convivencia pacífica (prevención general positiva) y disuadiendo a quienes se sientan inclinados a incurrir en hechos semejantes (prevención general negativa)”.⁷⁷

En verdad, lo que está aquí en discusión es la gravedad del fenómeno subyacente, unos hechos delictivos que tuvieron la intensidad traumática de una pesadilla aterradora. Por eso es fácil ceder a la tentación de asignar a las penas correspondientes la única finalidad compatible con el miedo, esto es, la prevención general negativa,⁷⁸ para que la comunidad que experimentó los hechos en carne propia u otras sociedades no se expongan al riesgo de verlos repetidos en el futuro. El punto de arribo de esta visión, como se sabe, es siempre el mismo: un rigor punitivo que reclama las penas más severas,

Revista de Estudios de la Justicia, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n.º 11, 2009, pp. 35-56.

Es más, la misma razón las inhabilita como teorías sobre el fin del derecho punitivo. El sentido último del *ius puniendi* es siempre contribuir, mediante la sanción más grave de que dispone el ordenamiento jurídico, a la preservación de los bienes más caros en cada comunidad ante ofensas intolerables. Reducir su fundamento a la lucha contra la impunidad es un procedimiento formalista, circular. Y la atribución al individuo de un derecho especial al castigo, en estos como en la mayoría de los delitos, subyuga la índole pública de la pena a los intereses particulares, que bien pueden ser incontrolables e irracionales (venganza, satisfacción psicológica, alivio existencial, etcétera) del titular de la facultad.

⁷⁵ Ambos: o. cit., cf. p. 205. Ulteriores referencias bibliográficas sobre el particular, en Amati, Caccamo, Costi, Fronza y Vallini: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006, donde Emanuela Fronza asocia lúcidamente las graves incertidumbres que rodean el sentido del castigo de estos crímenes al estado embrionario que muestra el derecho penal internacional (cf. p. 275).

⁷⁶ *Ibidem*, p. 207.

⁷⁷ Fallo de la Corte Suprema de Chile en el caso *Rioseco y Cotal*, del 4 de agosto de 2005, que citamos de la base de datos del *Portal Jurídico* de LexisNexis, disponible en <www.lexisnexis.cl/>.

⁷⁸ La prevención especial, a su turno, es hija del desprecio, por ver en el penado un ser inferior, precisado de tratamiento o al que simplemente hay que abozalar, como se hace con los perros bravos.

fenómeno que encuentra perfecto enclave en el derecho internacional penal, con su nota predilección por el máximo suplicio y, hoy, la prisión perpetua. Es el cabo de Hornos de toda forma de escarmiento en cabeza ajena, incluso aquella que presenta la lección bajo los ropajes de un aseguramiento cognitivo, de pacificación e integración de la sociedad.

Sería interesante discutir si el derecho internacional penal es capaz de contribuir al establecimiento de un sistema común de valoraciones, como un ordenamiento primario o constitutivo de bienes jurídicos, o si, al revés, su naturaleza íntima solo le permite sancionar los ataques más graves contra un sistema de valoraciones preestablecido, como ordenamiento secundario o garantizador. Sea de ello lo que fuere, la propia evolución del derecho internacional convencional sobre el punto, que comenzó con las prohibiciones y tardó bastante en adosarles delitos y penas, parece testimoniar antes lo segundo que lo primero. Al margen de ello, no ha habido un solo ejemplo histórico que permita comprobar el valor preventivo, por intimidación o persuasión, de la penalidad de los crímenes en comento. Personalmente, subscribimos la opinión de que la mejor manera de precaver episodios de este jaez es atacar los factores que los posibilitan, cuyas raíces se hunden en el suelo de miseria, abandono y desesperación que abrumba hoy a amplias capas de tantos pueblos, suelo fértil en estigmatización e intolerancia y pronto a ser labrado por el primero que adopte posiciones mesiánicas de redención social, arrastrando en sus fantasías a espíritus incautos o derechamente malintencionados.⁷⁹ Y si estos medios no fueron suficientes para conjurarlos, en llegando el momento de conceder la palabra a la justicia penal, esta debe hablar con un aparato de puniciones que refleje el desvalor de los hechos criminosos, pero sin perder de vista jamás que los últimos tuvieron ante todo víctimas individuales. O sea, que las penas han de poseer un sentido retributivo, no porque se busque una equivalencia con el perjuicio sufrido por los pacientes,⁸⁰ lo que tampoco significaría retribución, sino porque expresan la desvaloración de la humanidad frente a conductas inhumanas.

⁷⁹ Semejante, Pastor: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006, cf. pp. 131-134. Para Zaffaroni, la prevención primaria de los homicidios masivos es ajena a las ciencias penales, cuya genuina tarea sería en esto denunciar las técnicas de neutralización, o sea, llevar a cabo la crítica de las ideologías que los cohonestan (de superioridad racial, nacional, de religiones, etcétera). Cf. "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?" en *Ars iudicandi*, o. cit., t. I, pp. (1005-1039) 1031 y 1037-1038.

⁸⁰ Solo en esto acierta Ambos: o. cit., cf. p. 204, cuando excluye la retribución.

6. Conclusión

Razonada la incompatibilidad de la peligrosidad con el principio legalista, así como su pertenencia al esquema jurídico del totalitarismo, la sentencia de la Corte, con su constatación de ambos extremos, merece plácemes por un doble orden de motivos.

Ante todo, por su valor en la reforma y, a la vez, preservación del derecho penal de los Estados del continente americano. En cuanto a lo primero, del fallo se desprende un haz de modificaciones en la legislación penal y procesal penal. Apremia extraerle de una buena vez las referencias —directas e indirectas, abiertas o enmascaradas— a la peligrosidad, lo que vale igualmente para todos los conceptos y reglas emparentados con ella. Esta empresa de depuración jurídica concierne a la formación del marco penal concreto, los factores de conmensuración que deciden la pena precisa del delito, las posibilidades de reemplazarla por otra, las vicisitudes de la ejecución y los tipos delictuosos que mientan este concepto, pero abarca, paralelamente, el régimen de las medidas cautelares, la reincidencia, los delitos de posición o sospecha, habituales, de estado; en síntesis, esa inorgánica colección de incrustaciones de derecho penal de autor que afean nuestros ordenamientos. En cuanto a lo segundo, se trata, a la vez, de contener con la ayuda del fallo los arrestos peligrosistas de nuestro tiempo, su manía de extender, allí donde existe, la custodia de seguridad de los delincuentes “peligrosos”, revivir para estos la sentencia indeterminada, recluirlos de por vida, anular en su cuerpo funciones biológicas, encruelecerse con la recidiva, etcétera. A la emergencia de defender, con todas las armas de su disciplina, los cimientos del derecho penal liberal, puede y debe contribuir el criminalista manteniendo fuera de ella el pensamiento asegurador, característico de la peligrosidad, y oponiéndose a cualquier proyecto de restar importancia a la culpabilidad por el acto, que es el natural complemento del carácter taxativo, como *lex certa*, de los preceptos penales. Invitar a la vieja advenediza a la casa de la jurisdicción criminal, ora como criterio graduador de las penas, ora como fundamento de la introducción o exasperación de medidas de seguridad, representa un anacronismo suicida en el trance, sumamente difícil, que atraviesa actualmente la atroz materia.⁸¹

Por otra parte, el repudio de la peligrosidad se inserta en la generalizada declinación de la prevención especial en la doctrina jurídica. Esto es descontado y no requiere

⁸¹ Hemos de discrepar, pues, del derecho penal de la seguridad que patrocinan algunos autores en lugar del derecho penal de la culpabilidad, solo porque el legislador de la hora no parece prestarle gran atención. Así, por ejemplo, Silva Sánchez: *Tiempos de derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires, B. de F., 2009, cf. p. 40.

mayor argumentación. Sin embargo, si se ha de tomar en serio su obsolescencia científica, proclamada ahora en el lugar más conveniente para el efecto, o sea, la sala de justicia de un tribunal de derechos humanos, es indispensable que los penalistas, a nuestra vez, nos liberemos de las cadenas que esclavizan los vuelos especulativos sobre la pena a la misma concepción que infundió vida al niño mimado del positivismo, esa visión determinista, del juego de fuerzas y motivos, impulsos y presiones, que deforma la personalidad de los justiciables. Con la operación de recuperar la dignidad que toca al hombre, por tanto, la culpabilidad o inocencia por sus actos, la noción de responsabilidad penal, fundada en que el sujeto, en las condiciones concretas en que versó al delinquir, podía actuar según las exigencias del ordenamiento jurídico, vuelve a tener un rostro humano. Y la pena, que se limita a desvalorar públicamente el hecho delictuoso, readquiere un sentido respetuoso de la posición central del individuo en la comunidad, no para impartir enseñanzas a los demás, tampoco para edificar con la desgracia del condenado un sistema de valoraciones todavía en construcción, sino guiada por el único designio que se le aviene, así en el derecho interno como en el internacional, como expresión simbólica del reproche por actos que ofenden un sistema preexistente de bienes jurídicos.

Bibliografía

- ALEXYS, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido), Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.ª ed., 2008.
- AMATI, Enrico, Valentina CACCAMO, Matteo COSTI, Emanuela FRONZA y Antonio VALLINI: *Introduzione al diritto penale internazionale*, Milán: Giuffrè, 2006.
- AMBOS, Kai: “Sobre los fines de la pena al nivel nacional y supranacional” (traducción de Marta Susana Donís Gallardo), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 12, 2003, pp. 191-211.
- BACIGALUPO, Enrique: “La moderna política criminal latinoamericana”, en *Ilanud al día*, San José (Costa Rica), año 1, n.º 2, agosto de 1978, pp. 20-28.
- BECCARIA, Cesare: *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento* (a cura di Franco Venturi), Turín: Einaudi, 3.ª ed., 1973.
- VON BELING, Ernst: *Die Vergeltungsidee und ihre Bedeutung für das Strafrecht*, Aalen: Scientia Verlag, 1978 (reimpresión de la edición de Leipzig en 1908).
- BETTIOL Giuseppe: “Aspetti etico-politici delle misure di sicurezza”, en *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. I, pp. 514-523.
- “Azione e colpevolezza nelle teorie dei ‘tipi’ di autore”, en *Scritti giuridici*, 2 vols., Padua: Cedam, 1966, t. II, pp. 535-564.
- *Diritto penale. Parte generale*, 12.ª ed. (cuidada por Luciano Pettoello Mantovani), Padua: Cedam, 1986.
- BOBBIO, Norberto: *Contribución a la teoría del derecho* (edición a cargo de Alfonso Ruiz Miguel), Madrid: Debate, 1990.
- CARRARA FRANCESCO: *Programma del corso di Diritto criminale. Del delitto, della pena*, Bologna: Il Mulino, 1993.
- DONNA, Edgardo Alberto: *La peligrosidad en el derecho penal*, Buenos Aires: Astrea, 1978.
- DROST, Heinrich: *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*, Berlín: Heymanns, 1930.
- ELLERO, Pietro: *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal* (traducción del italiano por Adolfo Posada), Madrid: Reus, 1953.
- ENGISCH, Karl: *Introducción al pensamiento jurídico* (traducción de Ernesto Garzón Valdés y presentación de Luis García San Miguel), Madrid: Guadarrama, 1967.

- FERRI, ENRICO: *Sociología criminal*, 2 vols. (traducción de Antonio Soto y Hernández, con un prólogo de Primitivo González del Alba), Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1907.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO: *Introducción a la lógica jurídica*, México: Colofón, 2.ª ed., 1989.
- FIANDACA, GIOVANNI, y ENZO MUSCO: *Diritto penale. Parte generale*, Bolonia: Zanichelli, 5.ª ed., 2007.
- GAROFALO, RAFFAELE: *La criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión* (traducción de Pedro Dorado Montero), Montevideo y Buenos Aires: B. de F., 2005.
- GÓMEZ MARÍN, VÍCTOR: *¿Tiene cabida el derecho penal de autor en un Estado liberal?* (prólogo de Santiago Mir Puig), Managua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, 2007.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.ª ed., 2005.
- GIERHAKE, KATRIN: *Begründung des Völkerstrafrechts auf der Grundlage der kantischen Rechtslehre*, Berlín: Dunker y Humblot, 2005.
- GRISPIGNI, FILIPPO: *Diritto penale italiano*, 2 vols., Milán: Giuffrè, 1952.
- GRIPIGNI, FILIPPO, y EDMUND MEZGER: *La reforma penal nacional-socialista* (traducción de Eugenio Raúl Zaffaroni y Rodrigo Codino), Buenos Aires: Ediar, 2009.
- GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS: “El abono de las medidas cautelares a la pena”, en *Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. II, pp. 515-532.
- “El nuevo Código penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.º 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
- “Las presunciones de responsabilidad penal: su vigencia o invalidación relativamente al sistema de enjuiciamiento criminal”, en *Revista Procesal Penal*, Santiago de Chile, n.º 47, mayo de 2006, pp. 9-17.
- “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Gisela ELSNER (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 171-192
- HENHAM, RALPH: “The Philosophical Foundations of International Sentencing”, en *Journal of International Criminal Justice*, Oxford University Press, n.º 1, 2003, pp. 64-85.

- VON HENTIG, Hans: *La pena*, 2 vols. (traducción castellana y notas por José María Rodríguez Devesa), Madrid: Espasa Calpe, t. II (“Las formas modernas de aparición”), 1968.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general*, I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Madrid: Imprenta de Juan Pueyo, 1922.
- “Las medidas de seguridad. Su naturaleza y sus relaciones con la pena. (consideraciones de derecho comparado)”, en *El Criminalista*, 2.ª serie, Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía Editor, t. II (XII de toda la colección), 1958, pp. 219-239.
- “La recompensa como prevención general. El derecho premial”, en *El Criminalista*, cit., t. VI (XVI de toda la colección), 1964, pp. 10-75.
- *Tratado de Derecho penal*, 7 vols. publicados, Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, t. V, 1956.
- KAISER, Günther: *Introducción a la criminología*, 7.ª ed. reelaborada y completada (traducción de José Arturo Rodríguez Núñez, bajo la dirección de José María Rodríguez Devesa), Madrid: Dykinson, 1988.
- VON LISZT, Franz: *La idea de fin en el derecho penal* (traducción de Enrique Aimone Gibson, con revisión técnica y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1984.
- MARINUCCI, Giorgio, y Emilio DOLCINI: *Manuale di Diritto penale. Parte generale*, Milán: Giuffrè, 2.ª ed., 2006.
- MIR PUIG, Santiago: *La reincidencia en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1974.
- PALAZZO, Francesco, y Michele PAPA: *Lezioni di diritto penale comparato*, Turín: Giappichelli, 2000.
- PASTOR, Daniel: *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, Barcelona: Atelier, 2006.
- PONTI, Gianluigi: *Compendio di criminología*, Milán: Libreria Cortina, 2.ª ed., 1980.
- RADBRUCH, Gustav: *Filosofía del derecho* (traducción de José Medina Echavarría), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 3.ª ed., 1952.
- DE RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel: “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
- *Función y aplicación de la pena*, Buenos Aires: Depalma, 1993.

- “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, cit., 2.^a época, n.º 4, 1999, pp. 735-751.
 - “El nuevo Código penal de Colombia (1980)”, en *Doctrina Penal*, año 4, n.º 13, enero-marzo de 1981, pp. 85-159.
 - “Pensamiento penal y criminológico del Código Penal tipo para Iberoamérica”, en *Doctrina Penal*, año 10, n.º 40, octubre-diciembre de 1987, pp. 713-734.
 - “El principio de culpabilidad en el Código penal chileno”, en *Actas de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal en celebración del centenario del Código Penal chileno* (edición y prólogo de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Valparaíso: Edeval, 1975, pp. 49-126.
- ROMANO, Mario, Giovanni GRASSO y Tullio PADOVANI: *Commentario sistematico del codice penale*, 3 vols., Milán: Giuffrè, t. III, 1.^a ed., 1994.
- DEL ROSAL, Juan: *La personalidad del delincuente en la técnica penal*, Valladolid: Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valladolid, 2.^a ed. corregida y aumentada, 1953.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Santiago de Chile: Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, n.º 11, 2009, pp. 35-56.
- *Tiempos de derecho penal*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2009.
- STAMMLER, Rudolf: *Tratado de Filosofía del derecho* (traducción de la segunda edición alemana por Wenceslao Roces), Madrid: Reus, 1930.
- URTECHO NAVARRO, Alejandro: “Reconstruyendo el Derecho penal de la peligrosidad: apuntes sobre la pretendida legitimación de las asistemáticas figuras de reincidencia y habitualidad en el ordenamiento peruano”, en *Julio Armaza Galdos (dir.): El penalista de la América austral. Ofrenda académica al prof. E. R. Zaffaroni*, Arequipa: Pangea, 2010, pp. 169-203.
- DEL VECCHIO, Giorgio: *Filosofía del Derecho* (9.^a ed. española corregida y aumentada, revisada por Luis Legaz y Lacambra), Barcelona: Bosch, 1974.
- WOLF, Erik: “Sobre la esencia del autor” (traducción y nota preliminar de José Luis Guzmán Dalbora), en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 10, Granada, 2008, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>, 25 de agosto.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl: “Los códigos penales de Latinoamérica”, en el volumen *Códigos penales de los países de América Latina*, México: Instituto Latinoamericano

- de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, 2000, pp. 13-132.
- “¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?”, en *Ars iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, 4 vols., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. I, pp. 1005-1039.
 - *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5 vols., Buenos Aires: Ediar, 1987-1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (con la colaboración de Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.^a ed., 2002.
- ZIFFER, Patricia: “La idea de ‘peligrosidad’ como factor de la prevención especial. A propósito del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fermín Ramírez’”, en *La Ley*, suplemento de *Derecho Constitucional*, Buenos Aires, 19 de diciembre de 2006.
- *Medidas de seguridad. Pronósticos de peligrosidad en Derecho penal* (prólogo de Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

LAS REPARACIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Salvador Herencia Carrasco

RESUMEN. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha desarrollado una interpretación amplia del artículo 63 de la Convención Americana para establecer las siguientes formas de reparación: 1) la restitución; 2) las medidas de rehabilitación; 3) las medidas de satisfacción; 4) las garantías de no repetición; 5) la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar, y 6) el daño al proyecto de vida. La respuesta de los Estados generalmente ha sido positiva, especialmente en el aspecto pecuniario, pero es en el cumplimiento de las medidas de satisfacción, no repetición y de reformas institucionales donde residen los principales desafíos para el sistema. Algunas reparaciones ordenadas van más allá del caso concreto, lo que debería llevar a una reflexión sobre su pertinencia.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia, reparación del daño.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte hat eine umfassende Auslegung von Art. 63 der Amerikanischen Menschenrechtskonvention entwickelt und daraus die folgenden Wiedergutmachungsformen und -gründe abgeleitet: 1) Wiedereinsetzung; 2) Rehabilitierungsmaßnahmen; 3) Genugtuungsleistungen; 4) Sicherheiten gegen Wiederholungen; 5) Verpflichtung zur Untersuchung, rechtlichen Beurteilung und gegebenenfalls Bestrafung sowie 6) Beeinträchtigung der Lebensplanung. Die Reaktion der Staaten darauf war in der Regel positiv, besonders hinsichtlich des monetären Aspekts; die wichtigsten Herausforderungen an das System liegen dagegen auf dem Gebiet der Genugtuungsleistungen, der Sicherheiten gegen Wiederholungen und der institutionellen Reformen. Die verhängten Wiedergutmachungen gehen teilweise über den Einzelfall hinaus, was Fragen zu ihrer Zulässigkeit aufwirft.

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, Rechtsprechung, Wiedergutmachung für den erlittenen Schaden.

ABSTRACT. The Inter-American Court of Human Rights has developed a broad interpretation of Article 63 of the American Convention, and has established the following forms of reparation: 1) restitution; 2) rehabilitation measures; 3) redress measures; 4) guarantees of non-repetition; 5) the States' obligation to investigate, prosecute and, if appropriate, punish human rights violations, and 6) compensation for life project damage. In general the States have responded positively, especially with regard to economic compensation, but important challenges remain in the areas of redress measures, non-repetition and institutional reform. Some of the reparations ordered by the Court go beyond the specific case and their appropriateness should be reconsidered.

Keywords: Inter-American Human Rights Court, case law, compensation of damages.

1 • Introducción

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha afrontado situaciones de violaciones sistemáticas a los derechos humanos por los Estados de América Latina, tomando en cuenta las obligaciones internacionales contenidas en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969,¹ así como otros tratados del sistema americano.

Entre otras cosas, las decisiones de la Corte IDH han posibilitado la apertura de procesos penales de casos que ordinariamente no habrían podido realizarse, ordenaron la reparación de las víctimas y la adopción de medidas de derecho interno para modificar las situaciones legales y fácticas que contribuyen a una situación de violación a los derechos humanos.

Cabe destacar que reglas relativas a la reparación por la Corte han sido creadas jurisprudencialmente, dado que no se desprenden del texto literal de la Convención. Esto ha sido objeto de controversia en los casos contenciosos, especialmente al establecer medidas de satisfacción y garantías de no repetición, entre otras.

Sin embargo, se debe tomar en cuenta que la debilidad de las instituciones políticas, la falta de autonomía judicial y negociaciones políticas para el restablecimiento

¹ Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969, 1144 UNTS 123, 9 ILM 99 (entró en vigor el 7 de julio de 1978).

de la democracia² impidieron durante las décadas pasadas iniciar investigaciones por graves violaciones a los derechos humanos que fueron perpetrados durante los regímenes militares y gobiernos autoritarios.³ Esto significa que la interpretación dinámica de la Convención Americana por la Corte es una respuesta a la imposibilidad jurídica o imposibilidad fáctica de los Estados por afrontar internamente las violaciones a los derechos humanos cometidos en su territorio.⁴

Desde la publicación de su primer fallo de fondo, el caso *Velásquez Rodríguez*,⁵ la Corte IDH ha conocido de casos de desapariciones forzadas,⁶ torturas⁷ y ejecuciones extrajudiciales cometidas por funcionarios del Estado o agentes *de facto*. En este contexto, algunas de las reparaciones y medidas de derecho interno ordenadas por este tribunal responden a la inhabilidad del Estado por administrar justicia a las víctimas.⁸ Dada la complejidad de los casos que han sido sometidos a su competencia, la Corte IDH se ha visto en la necesidad de interpretar y aplicar principios generales de derecho penal internacional a la luz de lo establecido en la Convención Americana, especialmente los artículos 8 y 25, para dar una solución integral al caso.

El elemento rector que orienta la Corte IDH para afrontar este tipo de casos es que bajo la Convención Americana de Derechos Humanos los Estados parte tienen la obligación de investigar y perseguir a los presuntos responsables de violaciones graves a los derechos humanos. El gran problema que se ha presentado al adoptar esta postura es que en su parte resolutive la Corte tiende a incluir en un solo fallo medidas que benefician a la víctima o el peticionario de forma concreta junto con aquellas en que el Estado está en la obligación de reparar a la sociedad en su conjunto.

² Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *Verdad, justicia y reparación*, San José (Costa Rica): Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2001.

³ Véase Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Justicia de transición, con informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

⁴ Véase Salvador Herencia Carrasco: *The Inter-American Court of Human Rights and the State response to the prosecution of Crimes against Humanity in the Americas: A Critical Assessment*, Research Paper submitted to the Faculty of Graduate Studies and Postdoctoral Studies of the University of Ottawa in partial fulfillment of the requirement for the LL.M. degree, 2010, inédito.

⁵ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), fondo, Corte IDH, serie C, n.º 4.

⁶ Véase Juan Luis Modolell González: "El crimen de desaparición forzada de personas según la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 193-209.

⁷ Véase Elizabeth Santalla Vargas: "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", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, o. cit., pp. 229-261.

⁸ Véase Instituto Interamericano de Derechos Humanos: o. cit.

En este sentido, ¿hay una extralimitación en la función de la Corte? Asumiendo que existe un activismo judicial, ¿es un tribunal internacional de derechos humanos el órgano idóneo para determinar qué reformas políticas e institucionales deben ser adoptadas por un Estado?⁹ Más allá de las críticas que se puedan hacer a su labor jurisdiccional, especialmente en la determinación de garantías de no repetición, sin la Corte IDH la mayoría de los responsables por graves violaciones a los derechos humanos en Argentina y Perú¹⁰ (por nombrar los casos más elocuentes) nunca habrían sido investigados y posiblemente gran parte de las leyes de amnistía adoptadas en América Latina aún estarían en vigor.

2. El sistema de reparaciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹¹

La Corte IDH ha tratado casos que versan sobre violaciones a la mayoría de los artículos de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta la necesidad de responder a la interrogante: *¿Cómo terminar el caso?* En este sentido, estudiar la jurisprudencia de la Corte pasa necesariamente por analizar la evolución de su parte resolutive. Entre la concreta determinación de violación de alguno de los artículos de la Convención hasta el desarrollo de reparaciones por afectación del proyecto de vida y un complejo sistema de garantías de no repetición, existen más de treinta años de un trabajo jurisprudencial complejo y no exento de controversia.

El propósito del ensayo es analizar las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, especialmente vinculadas a casos que involucran la interpretación o aplicación de instituciones de derecho penal internacional.¹² Sin embargo, se debe ser consciente de que un trabajo de esta naturaleza deja de lado el estudio de la jurisprudencia que ha venido

⁹ Véase Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 26-61.

¹⁰ Véase Víctor Manuel Quinteros (coord.): *Judicialización de violaciones de derechos humanos: aportes sustantivos y procesales*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010.

¹¹ La jurisprudencia analizada en el presente trabajo cubre aquella publicada en la página web de la Corte IDH hasta el 31 de marzo de 2011.

¹² Véase Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano...*, o. cit.

siendo desarrollada en materia de pueblos indígenas y de asuntos laborales/pensionales, que deberán ser objeto de otro proyecto de investigación.¹³

Como se verá, si bien son los montos pecuniarios determinados por la Corte lo que más controversia ha causado en la opinión pública y los medios de comunicación, paradójicamente son estos los que habitualmente son cumplidos, mientras queda pendiente el cumplimiento de las reparaciones que tienen un contexto más político y social: las reformas institucionales y las garantías de no repetición.

En este orden de ideas, la Corte IDH no se ha limitado a reparar el daño de la víctima del caso concreto, sino que esta se ha tomado la libertad, dado el lenguaje amplio del artículo 63 de la Convención Americana, de analizar los hechos que llevaron a una violación de los derechos humanos. El problema en este punto es que se han dado situaciones en que la Corte ordena medidas cuyo cumplimiento constituye un reto para el Estado.

Desde el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte IDH determinó:

[...] la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral.¹⁴

El fundamento jurídico para el sistema de reparaciones en la Corte IDH es el artículo 63 de la Convención Americana, que establece:¹⁵

Artículo 63

1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

¹³ Recientemente la Corte IDH emitió una sentencia que abarca la tasación de un inmueble, y ha sido objeto de controversia la pertinencia de que un tribunal de derechos humanos sea la entidad competente para tasar un inmueble. Véase Corte IDH: caso *Salvador Chiriboga contra Ecuador* (2011), reparaciones y costas, serie C, n.º 222.

¹⁴ Corte IDH: caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), reparaciones y costas, serie C, n.º 7, § 26.

¹⁵ Véase Héctor Olásolo y Pablo Galain: "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", en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Sistema interamericano...*, o. cit., pp. 379-425.

2. 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.

Lo importante de este punto es que la Corte Interamericana ha establecido de forma reiterada que los criterios para determinar las reparaciones en un caso concreto son los del derecho internacional y no los del derecho interno de un país, por lo que las reglas para determinar la extensión, la modalidad y los beneficiarios¹⁶ son homogéneas para todos los Estados que han reconocido la competencia de este tribunal. Al no tener sino la disposición del artículo 63 como marco jurídico, los criterios jurisprudenciales para ordenar la forma y el monto de las reparaciones tienen mayor flexibilidad o capacidad de adaptación que aquellas ordenadas por tribunales nacionales.

Sin embargo, la Corte IDH debe establecer claramente el vínculo de causalidad entre el hecho ilícito que configura una violación de la Convención Americana por el Estado y el daño sufrido por una persona o grupo de personas.¹⁷ No obstante, la Corte tiene la libertad para determinar si la violación de alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana responde a la acción u omisión concreta de la víctima o si este es el resultado de una acción más generalizada en la cual la víctima hasta podría adquirir una condición de fungibilidad. Es decir, independientemente de las características intrínsecas de la víctima, una persona sometida al mismo procedimiento o tratamiento habría sufrido las mismas violaciones. Según este criterio es que la Corte encuentra la legitimidad, especialmente en casos relativos a la aplicación de normas de derecho penal internacional, para ordenar una amplia gama de medidas de derecho interno y la obligación de investigar, procesar y sancionar a los responsables. En este sentido:

[...] la existencia de diversas hipótesis de violación incide en el alcance de las reparaciones. [...] Si viene al caso una situación violatoria, habrá que actuar sobre el conjunto de datos que la integran. Entre estos pueden figurar conductas de autoridades que afectan de manera concreta e inmediata los derechos del individuo, o bien, actos que traen consigo el menoscabo del derecho, y de los cuales unos pueden funcionar como condiciones necesarias de los otros, con múltiple proyección; en los hechos considerados en el proceso; en hechos

¹⁶ Entre otros, véase Corte IDH: caso *Aloeboetoe et al. contra Surinam* (1993), reparaciones y costas, serie C, n.º 15, § 44.

¹⁷ Entre otros, véase Corte IDH: caso *Lori Berenson contra Perú* (2004), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 119, § 230.

diferentes y posteriores con respecto a la misma víctima; o en hechos relativos a víctimas distintas: así, leyes o sentencias violatorias que autorizan o se traducen en violaciones específicas.¹⁸

El esquema general del sistema de reparaciones utilizado por la Corte IDH, de forma complementaria a la reparación pecuniaria,¹⁹ es el siguiente:²⁰

1. La restitución o *restitutio in integrum*. Esta forma de reparación tiene como propósito reponer la situación o la víctima al estado anterior a la perpetración de la violación.
2. Las medidas de rehabilitación. Son las que comprenden obligaciones hacia el Estado para proveer servicios de atención médica, así como tratamiento de los daños psicológicos y emocionales que la víctima pueda haber sufrido como consecuencia de los hechos.
3. Las medidas de satisfacción. Incluyen las formas no patrimoniales de reparación, y sus principales manifestaciones comprenden, entre otros:²¹ a) un acto público de reconocimiento de responsabilidad y de desagravio a la memoria de las víctimas; b) la publicación o difusión de la sentencia de la Corte; c) medidas en conmemoración de las víctimas o de los hechos; d) determinar el paradero de la víctima o identificar y entregar sus restos mortales; e) otras medidas en favor de las víctimas, como la concesión de becas de estudio, programas de capacitación o formación profesional, la implementación de programas de vivienda y facilidades de acceso a créditos socioeconómicos.
4. Las garantías de no repetición. Esta forma de reparación tiene como propósito afrontar las causas generales que contribuyeron o facilitaron la perpetración de la violación. Es decir, intentan solucionar las causas estructurales de la violencia, estableciendo medidas como:²² a) la capacitación a funcionarios públicos y educación a la sociedad en derechos humanos; b) la adopción de

¹⁸ Sergio García Ramírez: "La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones", en Corte IDH: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo 1979-2004*, San José (Costa Rica): Organización de Estados Americanos, 2005, p. 38.

¹⁹ Esta comprende el daño material tal como el daño emergente y el lucro cesante.

²⁰ Si bien existe una serie de clasificaciones de las formas de reparación de la Corte IDH, este artículo se guiará por la clasificación empleada por la propia Corte, publicada en su *Informe anual 2010*. Véase *Informe anual de la Corte Interamericana: 2010*, San José (Costa Rica): Corte IDH, 2011, pp.10-12.

²¹ *Ibidem*, p. 11.

²² *Ibidem*.

medidas de derecho interno, y c) la adopción de medidas para garantizar la no repetición de violaciones.

5. Obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar. Esta reparación tiene como propósito hacer con que el Estado cumpla con su principal obligación relativa a la identificación de los responsables de haber cometido/ordenado la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos.
6. Daño al proyecto de vida. Si bien esta categoría no está contemplada de forma expresa en la clasificación hecha por la Corte IDH en su *Informe anual*, esta forma de reparación fue implementada con el fin de atender la realización personal de la víctima, tomando en cuenta sus potencialidades y aspiraciones.

2.1. La *restitutio in integrum*

La restitución es por naturaleza la medida general para reparar un daño, dado que tiene como principio restituir la situación al estado anterior de la violación. Dado que esto puede resultar imposible, especialmente en casos de violaciones a los derechos humanos y más aún en casos que se constituyen en crímenes de lesa humanidad, la Corte ha aceptado el criterio basado en la costumbre internacional:²³

[Corresponde] determinar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados.²⁴

Como ha establecido en el caso *Velásquez Rodríguez*:

La indemnización que se debe a las víctimas o a sus familiares en los términos del artículo 63.1 de la Convención debe estar orientada a procurar la *restitutio in integrum* de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos. El desiderátum es la restitución total de la situación lesionada, lo cual, lamentablemente, es a menudo imposible, dada la naturaleza irreversible de los perjuicios ocasionados, tal como ocurre en el caso presente. En esos supuestos, es procedente acordar el pago de una “justa indemnización” en términos lo suficientemente amplios para compensar, en la medida de lo posible, la pérdida sufrida.²⁵

²³ Corte IDH: caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala* (2002), reparaciones y costas, serie C, n.º 91, § 38.

²⁴ *Ibidem*, § 39.

²⁵ Corte IDH: caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), reparaciones y costas, serie C, n.º 7, § 27.

La práctica de la Corte IDH ha sido variada en este tipo de medidas de reparación, de las que las más usuales son las siguientes:²⁶ a) el restablecimiento de la libertad de personas detenidas ilegalmente; b) la devolución de bienes confiscados ilegalmente; c) el regreso al lugar de residencia del cual la víctima fue desplazada; d) el reintegro al empleo; e) la anulación de antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales y la cancelación de los registros correspondientes, y e) la devolución, demarcación y titulación del territorio tradicional de las comunidades indígenas para proteger su propiedad comunal.

2.2. Las medidas de rehabilitación

La perpetración de graves violaciones a los derechos humanos, con especial énfasis en aquellas que afectan los derechos a la vida, a la integridad y la libertad, conllevan una serie de traumas y males físicos y psíquicos a las víctimas y sus familiares; de ahí que ha sido una práctica habitual de la Corte ordenar la prestación de servicios de salud.²⁷ Este tratamiento debe ser prestado por el Estado de forma gratuita y por el tiempo que sea necesario para la mejora de la víctima.

2.3. Las medidas de satisfacción

Las medidas de satisfacción están relacionadas con la reparación no pecuniaria que se concede cuando se ha visto afectada la dignidad y/o el buen nombre de la víctima o sus familiares. Estas medidas son de especial importancia en los casos de graves violaciones a los derechos humanos debido a la particularidad de los hechos que originan la activación del sistema interamericano.

Por lo general, las víctimas de tortura o desaparición forzada de los casos que han llegado a la competencia de la Corte han sido personas acusadas de integrar grupos terroristas o simpatizar con grupos armados al margen de la ley. Cuando estas personas no fueron asesinadas, resultaron estigmatizadas y humilladas por la opinión pública, lo que agravó su estado de indefensión.

²⁶ Corte IDH: *Informe anual...*, o. cit., pp.11.

²⁷ Entre otros véanse los casos de la Corte IDH: *Cantoral Benavides contra Perú* (2001), reparaciones y costas, serie C, n.º 88, § 51; *Bayarri contra Argentina* (2008), excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 187, § 143; *Loayza Tamayo contra Perú* (1998), reparaciones y costas, serie C, n.º 42; *Ticona Estrada contra Bolivia* (2008), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 191, § 168-169.

Por lo tanto, las medidas de satisfacción han contribuido a que, una vez que se determina la responsabilidad internacional del Estado, la Corte pueda ordenar mecanismos que de cierta forma restauren la dignidad y el buen nombre de las víctimas. Como se ha establecido, las medidas más comunes son la publicación de las sentencias²⁸ y la obligación de que un alto funcionario del Estado pida disculpas públicas.²⁹ Sin embargo, existen otras más complejas, como la dotación de becas escolares³⁰ o la construcción de monumentos históricos.³¹ Una de las medidas más resaltantes en las órdenes de satisfacción es la obligación del Estado de devolver los restos mortales de la víctima o de contribuir con la familia para encontrarlos.³²

Como se puede constatar, no existe un criterio único, y la Corte determinará las medidas que el Estado debe adoptar según la gravedad del caso. En la práctica estas medidas han sido objeto de una controversia mediática, puesto que implica el reconocimiento expreso de que el Estado incumplió sus obligaciones internacionales. La orden de construir centros para la memoria también ha sido cuestionada políticamente, sobre todo en países que tuvieron que afrontar casos de terrorismo, por lo que la Corte debería ser más cautelosa en cuanto a qué medidas dispone.

2.4. Las garantías de no repetición

Esta categoría de reparaciones ha sido de especial relevancia para la Corte IDH puesto que este rubro contempla medidas que trascienden la condición individual de la víctima, para centrarse en las causas sociales, legales y políticas que crearon una situación de violación a los derechos humanos. Al hacer referencia a las garantías de no repetición, generalmente la Corte está lidiando con situaciones que implican desapariciones forzadas, torturas u otros crímenes de lesa humanidad.

Es en este rubro donde la Corte IDH toma en cuenta la capacidad institucional del Estado para evitar que estas violaciones vuelvan a ocurrir, y sobre esta base determinará en mayor o menor medida las políticas o reformas que un Estado deberá realizar.

²⁸ Entre otros, véase Corte IDH: caso *Almonacid Arellano contra Chile* (2006), excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 154, § 162.

²⁹ Entre otros, véase Corte IDH: caso *Aloeboetoe et al. contra Surinam* (1993), reparaciones y costas, serie C, n.º 15, §35.

³⁰ *Ibidem*, § 96.

³¹ Entre otros, véase Corte IDH: caso *19 Comerciantes contra Colombia* (2004), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 109, § 272-273.

³² Entre otros, véase Corte IDH: caso *Caballero Delgado y Santana contra Colombia* (1997) reparaciones y costas, serie C, n.º 31, § 53-58.

La amplitud de esta forma de reparación contribuye a explicar el porqué del alto número de casos que aún se encuentran en estado de supervisión de cumplimiento de sentencias. De forma complementaria a las capacitaciones a funcionarios públicos, es en lo relativo a las reformas legales e institucionales donde la tensión entre la Corte IDH y el Estado tiende a producirse. Dado que este ensayo se ha circunscrito a los casos que versan sobre torturas, desapariciones forzadas y otras instituciones del derecho penal internacional, a continuación se analizarán las leyes de amnistía y la tipificación de crímenes de lesa humanidad.

2.4.1. Medidas de derecho interno

Las medidas de derecho interno comprenden medidas legislativas, tales como la reforma de leyes o normas contrarias a la Convención Americana o la tipificación de algunos crímenes de lesa humanidad.

2.4.1.1. Reformas legislativas: las leyes de amnistía

En la persecución de crímenes internacionales, uno de los mayores retos de la Corte IDH ha sido determinar la compatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana.³³ Teniendo en cuenta que dichas normas impedían el accionar de la justicia, especialmente en la investigación de torturas y desapariciones forzadas, antes de determinar la responsabilidad internacional del Estado la Corte debía analizar la naturaleza de este tipo de legislación. En este punto se debe resaltar que la Corte IDH no puede derogar una norma de forma expresa, pero sus fallos (especialmente la parte resolutive) pueden establecer la plataforma para que las instituciones nacionales, ya sea el congreso o la rama judicial, puedan reformarla o derogarla.

El primero y posiblemente más célebre caso sobre leyes de amnistía fue *Barrios Altos*. Este fallo estableció el marco no solo para analizar la conformidad de leyes de amnistía en sentido estricto, sino cualquier legislación que tenga como propósito evitar que los responsables por graves violaciones a los derechos humanos sean investigados penalmente. En su fallo, la Corte IDH estableció de forma enfática:

³³ Véase Lisa J. Laplante: "Outlawing Amnesty: The Return of Criminal Justice in Transitional Society Schemes", en *Virginia Journal of International Law Association*, vol. 49, n.o 915.

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.³⁴

Con base en lo anterior, la Corte IDH consideró que las provisiones de autoamnistía violaban los artículos 8 y 25 de la Convención por cuanto generaban un estado de indefensión de las víctimas. Por lo tanto:

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.³⁵

En la sentencia de reparaciones del caso *Barrios Altos*, la Corte estableció que el Estado peruano debía: a) dar aplicación a lo que la Corte había dispuesto en la sentencia de interpretación de la sentencia de fondo “sobre el sentido y alcances de la declaración de ineficacia de las Leyes N° 26479 y [N°]26492”; b) iniciar el proceso por el cual se incorporara “la figura jurídica que resulte más conveniente” para tipificar el delito de ejecuciones extrajudiciales, dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”, y c) iniciar “el procedimiento para suscribir y promover la ratificación de la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad, [...] dentro de los 30 días de suscrito el acuerdo”.³⁶

Como se puede observar, entre las medidas de derecho interno la Corte no solo ordenó al Estado que dejara sin efecto los decretos-leyes de amnistía, sino que de forma adicional tipificara el delito de ejecución extrajudicial y que ratificara la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra. En este sentido, el carácter fungible de las víctimas llevó a que la Corte adoptara medidas más amplias de reparación, no solo frente a los peticionarios sino ante la sociedad como un todo.

³⁴ Corte IDH: caso *Barrios Altos contra Perú* (2001) fondo, serie C, n.º 75, § 41.

³⁵ *Ibidem*, § 43.

³⁶ Corte IDH: caso *Barrios Altos contra Perú* (2001), reparaciones y costas, serie C, n.º 87, punto resolutivo 5.

De forma similar, en el caso de la *Comunidad Moiwana* la Corte IDH analizó casos de desapariciones forzadas en Surinam y la ley de amnistía adoptada por ese país en 1989. A pesar de que este no era un caso de autoamnistía, la regla de *Barrios Altos* fue igualmente aplicada para concluir:

[...] 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 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 servanda*, 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.³⁷

Con esta jurisprudencia, la regla general adoptada es que las leyes de amnistía son contrarias a toda la Convención Americana. El problema en este caso no es el principio como tal, sino la inclusión de la expresión “y cualquier medida similar que tenga el propósito de”, que lleva a la conclusión de que cualquier medida administrativa o jurídica puede ser considerada como una barrera para la actuación de la justicia. En este sentido, una aplicación maximalista de las reparaciones en el caso *Barrios Altos* es que, mientras no se adopten todas las reformas legislativas ordenadas y todos los presuntos responsables (materiales y mediatos) hayan sido sancionados, el caso no podrá darse por concluido. Si así fuera, ¿sería posible que una víctima alegara que un recurso procesal que beneficie a la defensa es en la práctica un obstáculo para la administración de la justicia y debería ser dejado sin efectos jurídicos?

El último caso que analiza las leyes de amnistía es *Almonacid Arellano*. Este caso es relevante en la jurisprudencia de la Corte IDH en el sentido de que hace el primer análisis sistemático de los decretos de amnistía adoptados durante el régimen militar chileno. La Corte considera que luego del golpe de Estado de 1973 se cometieron crímenes de lesa humanidad, específicamente desapariciones forzadas y torturas, y que estos eran crímenes internacionales al momento de los hechos y, por ende, imprescriptibles. De esta forma, los decretos leyes, al contribuir a la impunidad para la perpetración de crímenes de lesa humanidad,

³⁷ Corte IDH: caso de la *Comunidad Case contra Surinam* (2005), excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 125, § 167.

[...] 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 indudablemente afectan derechos consagrados en ella. Ello constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, dada su naturaleza, el Decreto Ley N.º 2.191 carece de efectos jurídicos y no puede 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 puede tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en Chile.³⁸

Por este motivo, la Corte determinó que el decreto-ley carecía de efectos jurídicos y ordenó que el Estado se asegurara de que esta norma no siguiera representando un obstáculo para la investigación de la ejecución extrajudicial de la víctima ni para el accionar de la justicia en cualquier violación similar ocurrida durante el régimen militar.³⁹

2.4.1.2. Reformas legislativas y acciones judiciales:⁴⁰ la tipificación y persecución de crímenes de lesa humanidad

La Corte IDH ha establecido una amplia jurisprudencia relativa al concepto de crímenes de lesa humanidad, especialmente tortura y desapariciones forzadas, que incluye la obligación de investigar y sancionar a los responsables de haber cometido estos hechos. Este análisis se ha visto reflejado en las reformas institucionales ordenadas para que sea posible iniciar procesos penales. Sin embargo, en el caso *Goiburú* la Corte expandió su parte resolutive para centrarse en la implementación de crímenes de lesa humanidad en Paraguay.

En este caso, la Corte IDH considera que la legislación penal no había incorporado los estándares internacionales para perseguir los delitos de tortura y desaparición forzada, lo cual trababa una adecuada administración de justicia por las autoridades nacionales. Si bien la Corte había reconocido que algunas personas habían sido condenadas, la inhabilidad de implementar los estándares internacionales mínimos en el Código Penal de Paraguay fomentaba la impunidad.⁴¹ En este sentido, la Corte precisó:

³⁸ Corte IDH: caso *Almonacid Arellano contra Chile* (2006), excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 154, § 119.

³⁹ *Ibidem*, puntos resolutive 5 y 6.

⁴⁰ Véase Ezequiel Malarino: o. cit., pp. 26-61.

⁴¹ Corte IDH: caso *Goiburú et al. contra Paraguay* (2006), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 153, § 90-93.

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.⁴²

Por lo tanto, ordenó al Estado paraguayo reformar su Código Penal a fin de incluir los lineamientos de la Convención Interamericana para la Prevención de la Tortura y la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas,⁴³ de acuerdo con sus obligaciones establecidas por el derecho internacional. Cabe destacar que Paraguay es un Estado parte de estas convenciones, pero a la luz del criterio establecido en el caso *Almonacid Arellano*, mediante el cual se hace extensible la aplicación de una convención siempre y cuando esta respete el objeto y fin de la Convención Americana, la ratificación de estas convenciones podría ser irrelevante en el momento en que la Corte determine las reparaciones del caso concreto.

En la jurisprudencia de la Corte IDH, los crímenes de lesa humanidad han funcionado como un puente entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional. No obstante, estas ramas del derecho internacional público tienen campos de aplicación distintos y deben ser aplicadas sistémicamente y no superpuestas. En este sentido, ordenar a un Estado que implemente un tratado únicamente de acuerdo con sus obligaciones en derechos humanos podría terminar contribuyendo a la impunidad.

En el caso de la tortura, si un Estado llegase a implementar de forma exclusiva lo dispuesto en la Convención Interamericana sin tomar en cuenta el régimen del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, ello automáticamente imposibilitaría que grupos armados al margen de la ley pudieran ser procesados por este tipo de delitos.

De forma adicional, se debe reflexionar sobre si es competencia de la Corte IDH ordenar a un Estado cómo debe implementar un crimen internacional en su legislación

⁴² *Ibidem*, § 92.

⁴³ *Ibidem*, § 179.

interna y cuáles son los elementos de los crímenes que deben ser adecuados. Cabe destacar que las reformas de códigos penales tienen una naturaleza compleja y usualmente requieren de un quórum calificado para su adopción. Por ende, si un Estado llegase a implementar crímenes de lesa humanidad sin tomar en cuenta todos los lineamientos de la Corte, podría verse en una situación prolongada de incumplimiento de la sentencia.

Con base en lo anterior, la jurisprudencia de la Corte en la persecución de crímenes de lesa humanidad se ha centrado en la noción de “lucha contra la impunidad” mediante la periódica adición de reglas para evitar que se inicien investigaciones penales. Asimismo, la interpretación de la Convención Interamericana para la Prevención de la Tortura, la Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra *vis-à-vis* la Convención Americana han contribuido a desarrollar herramientas para determinar la responsabilidad internacional del Estado.

2.5. La obligación de investigar, juzgar y sancionar

El criterio empleado por la Corte IDH es que las reparaciones deben eliminar todas las causas de la violación a los derechos humanos, incluida la sanción de los presuntos responsables de estos crímenes. Si bien la Corte solo tiene competencia para determinar la responsabilidad internacional del Estado, en algunos casos ha exhortado de forma continua a la investigación de los responsables. De acuerdo con la Corte, el Estado

[...] tiene el deber jurídico de prevenir razonablemente las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hubieren cometido a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación. Si una violación queda impune en un Estado de modo tal que a la víctima no se le restablezca, en cuanto sea posible, la plenitud de sus derechos, se desprende que se ha violado el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción.⁴⁴

El problema en este caso es que en algunas oportunidades la Corte ha ido más allá de señalar la obligación de medio de investigar y sancionar a los responsables, y ha determinado que cierto grupo de personas tenía una responsabilidad específica. A modo

⁴⁴ Entre otros, véase el caso *Garrido y Baigorria contra Argentina* (1998), reparaciones, serie C, n.º 39, § 73.

de ejemplo, en el caso *La Cantuta*,⁴⁵ la Corte consideró que los crímenes que se cometieron solo pudieron ser ordenados por las personas que ocupaban el más alto nivel del gobierno peruano y sugirió investigarlas. Independientemente de la veracidad o no de esta afirmación, en este caso podría configurarse una extralimitación de funciones, dado que esta labor de investigación y determinación correspondería a los tribunales nacionales.

La determinación de la Corte IDH de que en este tipo de casos se dieron crímenes de lesa humanidad, y que por lo tanto las inmunidades estatales no prescriben y no son aplicables, son herramientas suficientes para que la rama judicial haga su propia investigación, libre de condicionamientos que podrían afectar su autonomía y el derecho a la presunción de inocencia.

2.6. Daño al proyecto de vida

El concepto de daño al proyecto de vida fue introducido por la Corte Interamericana en el caso *Loayza Tamayo*.⁴⁶ Este concepto se diferencia del daño emergente y el lucro cesante, figuras por excelencia de la responsabilidad civil extracontractual, por cuanto se fundamenta en las opciones que una persona tiene para conducir su vida. Es decir, trasciende el aspecto pecuniario de los dineros dejados de percibir a causa del daño sufrido, para centrarse en la potencialidad de cada individuo y de que este aún pueda concretarla. De cierta forma, el concepto puede ser visto como un híbrido entre la *restitutio in integrum* y los daños inmateriales, pero centrándose en el rol que una víctima tiene dentro de la sociedad. Como lo estableció la Corte IDH:

El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.⁴⁷

La principal diferencia con la figura del lucro cesante es que este tipo de daño no puede ser cuantificado pecuniariamente porque al final de cuentas el proyecto de vida

⁴⁵ Corte IDH: caso *La Cantuta contra Perú* (2006), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 162, § 146-160.

⁴⁶ Véase Corte IDH: caso *Loayza Tamayo contra Perú* (1998), reparaciones y costas, serie C, n.º 42.

⁴⁷ *Ibidem*, § 147.

afecta la realización de una persona en todo su potencial. Es decir, es una mera probabilidad. Por lo tanto, la Corte ha ordenado medidas académicas, laborales y de atención médica como mecanismos para que la víctima pueda retomar el desarrollo de su vida.

3. El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana: reformas institucionales *vis-à-vis* la perpetración de crímenes internacionales

Como tribunal internacional, la Corte IDH no tiene mecanismos coercitivos para hacer efectivo el cumplimiento de sus sentencias, por lo que depende del principio de la buena fe de los Estados y el compromiso de estos con sus obligaciones internacionales. En casos relativos a la perpetración de crímenes de lesa humanidad, las reparaciones ordenadas por la Corte⁴⁸ generalmente comprenden una amplia gama de reformas institucionales. En este sentido, las sentencias de la Corte no solo tienen como objeto la reparación por el daño material o moral de las víctimas, sino que también son la oportunidad para adoptar reformas institucionales, jurídicas y políticas en el Estado. Las resoluciones de la Corte han ido fortaleciendo de forma progresiva las disposiciones no pecuniarias, tales como la obligación de investigar y sancionar a los responsables de haber cometido violaciones a los derechos humanos.

Con base en lo establecido en el artículo 63 de la Convención Americana, la Corte IDH ha determinado de forma reiterada que “toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente” y que esa “disposición recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.⁴⁹ De esta forma, las órdenes de la Corte no solo llevan a compensar a las víctimas en sentido procesal sino también a la sociedad en su conjunto,⁵⁰

⁴⁸ Véase Claudio Nash Rojas: *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2.ª ed., Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2009.

⁴⁹ Corte IDH: caso *Cepeda Vargas contra Colombia* (2010), excepciones preliminares, fondo y reparaciones, serie C, n.º 213, § 211.

⁵⁰ Véase Judith Schonsteiner: “Dissuasive Measures and the ‘Society as a Whole’: A Working Theory of Reparations in the Inter-American Court of Human Rights”, en *American University International Law Review*, vol. 23, n.º 1, 2007.

mediante la adopción de garantías⁵¹ de no repetición, las cuales incluyen reformas legales, el sometimiento de tratados internacionales no ratificados por el Estado y reformas institucionales.

Con el trascurso de los años, la gravedad de los casos sometidos a la competencia de la Corte ha llevado a que esta adopte un sistema progresivamente complejo de reparaciones. Como resultado de esta situación, los Estados se han visto incapaces de cumplir a cabalidad con la amplia gama de medidas resolutivas ordenadas por la Corte. Como se puede ver en el cuadro, hacia el final de 2010, la Corte tenía 111 casos contenciosos⁵² bajo supervisión⁵³ de cumplimiento de sentencia:⁵⁴

⁵¹ Véase Ben Saul: "Compensation for Unlawful Death in International Law: A Focus on the Inter-American Court of Human Rights", en *American University International Law Review*, vol. 19, n.º 3, 2003, pp. 523-585, p. 523.

⁵² Hacia noviembre de 2010, la Corte IDH había emitido 217 decisiones en casos contenciosos.

⁵³ El artículo 69 del Reglamento de la Corte establece:

"1. La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

"2. La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

"3. Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en esta escuchará el parecer de la Comisión.

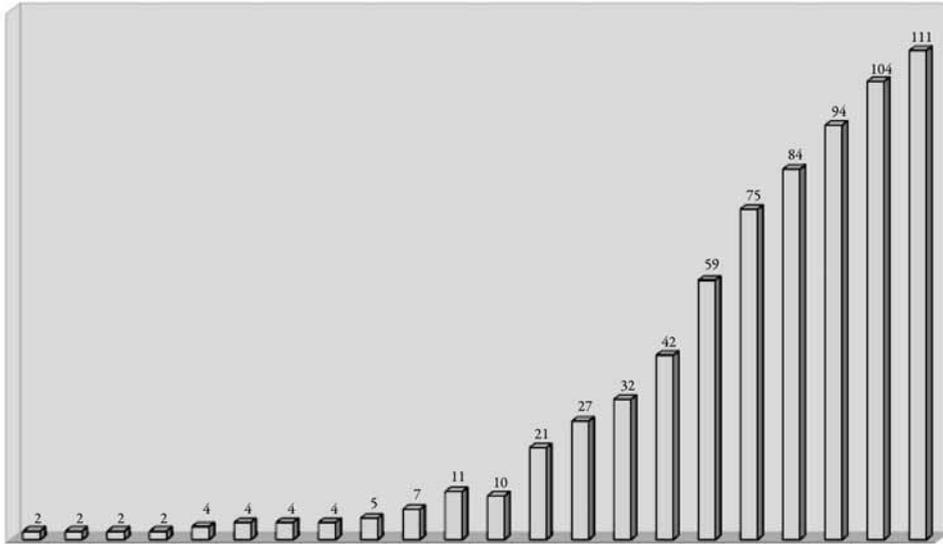
"4. Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

"5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual...*, o. cit., p. 12.

Corte IDH: casos contenciosos en supervisión de cumplimiento de sentencia

Casos contenciosos en supervisión de cumplimiento de sentencia



Nota: Se considera que un caso se encuentra en etapa de supervisión de sentencia cuando la Corte IDH ya lo ha resuelto y algún extremo de la sentencia se encuentra pendiente de cumplimiento por el Estado condenado. Solo cuando la Corte IDH considera que el Estado ha cumplido con todas las obligaciones ordenadas en la sentencia dispone el archivo del caso.

La explicación de esta imposibilidad de concluir un caso no es la reticencia de los Estados a pagar las expensas y las reparaciones individuales —obligación que se ha cumplido en un 80 % de los casos—.⁵⁵ Aunque el aspecto pecuniario es el que más atención recibe en los medios de comunicación, son las medidas de satisfacción, no repetición y reformas institucionales las que resultan más difíciles de cumplir.

El cumplimiento de estas medidas requiere no solo el accionar de la rama judicial sino también reformas legislativas cuyo consenso o quórum son difíciles de alcanzar. Las decisiones judiciales de la Corte, pese a la autoridad y obligatoriedad de que están investidas, no son suficientes para revertir diferencias sociales y políticas, especialmente en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

Sin embargo, esto no significa que los fallos de la Corte IDH no hayan sido exitosos para iniciar cambios institucionales, sea a través de reformas legislativas o mediante la interpretación de las obligaciones internacionales de un Estado por su Tribunal Constitucional o Corte Suprema. En general, se podría afirmar que los países

⁵⁵ *Ibidem.*

latinoamericanos han implementado una serie de medidas que van desde la persecución judicial⁵⁶ de crímenes de lesa humanidad⁵⁷ hasta la adopción de reformas constitucionales⁵⁸ y legales relativas a los principios generales de derecho penal internacional y crímenes internacionales.⁵⁹

La Corte IDH ha tenido un impacto significativo en reformas que contribuyen a una mayor protección de los derechos humanos. El problema reside en que la mayoría de los países que han atravesado por gobiernos autoritarios o regímenes dictatoriales deberán adoptar necesariamente toda esta amplia gama de reformas. Este es uno de los motivos por los cuales la mayoría de los casos de la Corte que tienen que ver con la perpetración de crímenes internacionales no han podido concluirse.

En este sentido, el desafío de la Corte es concebir un nuevo esquema de reparaciones que pueda equilibrar los derechos individuales de la víctima con la importancia de que los Estados adopten medidas para evitar que en su territorio vuelvan a ocurrir graves violaciones a los derechos humanos. No obstante, la pregunta que permanece es quién tiene la autoridad para ordenar este tipo de reformas.

4. Conclusiones

A pesar de las críticas que se puede hacer a la parte resolutive de la Corte IDH, sus fallos han contribuido a poner en la agenda pública de los Estados las causas y los mecanismos empleados por ellos para la perpetración de graves violaciones a los derechos humanos. Sea la determinación de que las normas de amnistía son contrarias a la Convención Americana o que las víctimas merecen el reconocimiento público de las autoridades estatales, la Corte ha adoptado un conjunto de medidas que trascienden la reparación individual para tratar de abarcar las condiciones sistémicas que llevan a estos hechos.

⁵⁶ Véase Fundación para el Debido Proceso Legal: *Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Washington: Fundación para el Debido Proceso Legal, 2009.

⁵⁷ Véase Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2003.

⁵⁸ Véase Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

⁵⁹ Véase Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *La jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008.

Esto no implica que la Corte IDH debería reestructurar las medidas de derecho interno y las garantías de no repetición a fin de que estas puedan responder al caso concreto. Si bien la labor de la Corte es importante para identificar estas causas, son los Estados y sus sociedades los llamados a debatir sobre estas y derogarlas. El hecho de que hasta la fecha aún haya 111 casos bajo supervisión de sentencia demuestra lo complejas que pueden ser algunas de estas reformas o investigaciones solicitadas. La mayor participación de las víctimas ante la Corte, a la luz del nuevo reglamento, posiblemente contribuirá a que se adopte un mayor número de garantías de no repetición y de reformas legales e institucionales.

Sin embargo, para tener sentencias que no abarquen todos los problemas de exclusión y de violencia que llevaron un hecho ante el sistema interamericano es necesario que los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos consoliden sus instituciones democráticas en orden a dar respuestas a estas violaciones. Se ha avanzando en la consolidación de una jurisprudencia latinoamericana que les hace frente, pero aún se está lejos de tener mecanismos preventivos y un proceso de real reconocimiento de la responsabilidad estatal.

NE BIS IN IDEM E COISA JULGADA FRAUDULENTA. A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

*IBCCrim - Marcos Zilli, Fabíola Girão Monteconrado,
Maria Thereza Rocha de Assis Moura*

RESUMEN. La prohibición del doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos, representada por la expresión *ne bis in idem*, constituye uno de los principios fundamentales del Estado de derecho, cuya importancia también fue confirmada por los documentos internacionales sobre derechos humanos. Al abordar tal garantía, sin embargo, la CIDH, aunque reconoció la posibilidad de su flexibilización, no ha establecido criterios muy limitados para este fin. De hecho, los supuestos que caracterizan la configuración de la *cosa juzgada fraudulenta* no han sido bien definidos. En varias ocasiones la Corte simplemente se basó en la violación de la independencia, la imparcialidad y el debido proceso legal en los procesos nacionales, sin indicar claramente cuáles elementos configurarían este tipo de situaciones. Tampoco pudo definir con precisión los parámetros para reconocer *la falta de voluntad de las autoridades nacionales* en orden a establecer la responsabilidad penal de los autores de graves violaciones de los derechos humanos.

Palabras clave: cosa juzgada, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *ne bis in idem*, debido proceso legal, garantías constitucionales.

ZUSAMMENFASSUNG. Das Verbot der Doppelbestrafung für denselben Sachverhalt, wie es im Grundsatz *ne bis in idem* zum Ausdruck kommt, bildet eine der wesentlichen Grundlagen des Rechtsstaats und wurde sogar durch die internationalen Menschenrechtsdokumente bestätigt. Als er sich mit dieser Garantie befasste, hat der IGMR jedoch keine klar gefassten Kriterien aufgestellt, obwohl er die Möglichkeit ihrer Relativierung anerkannte. Tatsächlich wurden die Annahmen für das Vorliegen einer *falschen rechtskräftigen Entscheidung* nicht klar definiert. Bei verschiedenen Gelegenheiten hat sich der Gerichtshof lediglich auf die Verletzung der Unabhängigkeit, der Unparteilichkeit und des rechtmäßigen Verfahrens in den Prozessen auf nationaler Ebene berufen, ohne jedoch klar anzugeben, welche objektiven Gestaltungselemente für solche Situationen bestünden. Ebenso wenig de-

finierte er eindeutig die Parameter, um den *fehlenden Willen der nationalen Behörden*, die für schwerwiegende Menschenrechtsverletzungen verantwortlichen Täter strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, erkennen zu können.

Schlagwörter: Rechtskräftige Entscheidung, Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, *ne bis in idem*, rechtmäßiges Verfahren, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte.

ABSTRACT. The prohibition against double jeopardy for the same acts, also expressed as *ne bis in idem*, constitutes a fundamental principle of the rule of law; its importance has been confirmed by international human rights instruments. Nonetheless, the IACHR has admitted that a flexible approach to this guarantee is possible, although it has not defined the applicable criteria. In fact, the circumstances of fraudulent *res judicata* have not been spelled out adequately. On several occasions the Court has merely based its decision on the infringement of independence, impartiality and the due process of law in national proceedings, without clearly indicating the elements that constitute these situations. Nor has it provided a precise definition of the standards for determining *the unwillingness of national authorities* with regard to establishing the criminal responsibility of the perpetrators of serious human rights violations.

Keywords: *res judicata*, Inter-American Court of Human Rights, *ne bis in idem*, due process of law, constitutional guarantees.

1 • Introdução

A coisa julgada,¹ como se sabe, constitui uma qualidade da sentença que assegura a imutabilidade de seu comando. De fato, uma vez esgotados os meios de impugnação postos à disposição das partes, a sentença adquire uma nova qualidade e os seus efeitos se tornam imutáveis e indiscutíveis. Assume tanto uma projeção interna, representada pela impossibilidade de reabertura da discussão no âmbito da mesma relação processual (coisa julgada formal), assim como uma projeção externa e que é dada pela impossibilidade de instauração de novo processo pelos mesmos fatos (coisa julgada material). A coisa julgada atende, primordialmente – embora não exclusivamente – à expectativa de segurança e

¹ Sobre coisa julgada ver: Enrico Tullio Liebman: *Eficácia e autoridade da sentença*, tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981; Ada Pellegrini Grinover: "Eficácia e autoridade da sentença penal", São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1978; Andrés de la Oliva Santos: *Sobre la cosa juzgada*, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.

de estabilidade das relações jurídicas.² Impede, dessa forma, a perpetuação das demandas judiciais abrindo caminho para que as decisões se tornem efetivas e definitivas.

Há sistemas, contudo, que não conferem à coisa julgada um contorno absoluto, especialmente quando envolvida uma sentença condenatória fundada em premissas errôneas. Com efeito, por questões de política criminal, alguns sistemas dão prevalência aos valores ligados à liberdade e à justiça quando confrontados com a estabilidade das relações. Nesses casos, a manutenção de uma restrição à liberdade manifestamente injusta se mostra intolerável, de modo que a revisão do comando condenatório seria sempre possível desde que evidenciado o erro.

Já a proibição de dupla persecução penal,³ representada pelo brocardo *ne bis in idem*, constitui um verdadeiro princípio que impede a repetição de ações persecutórias do Estado pelos mesmos fatos. Funda-se na premissa de que o exercício do poder-dever punitivo não é ilimitado,⁴ de modo que não se admitem seguidas tentativas de se punir alguém por fatos que estão, ou que já foram, apreciados pelo Judiciário. Nessa perspectiva, o *ne bis in idem* é assegurado não só pela vedação da litispendência, mas também, pela proibição de reexame da coisa julgada.

Por sua vez, a identidade fática que assegura o impedimento de nova persecução não é a da classificação jurídica, mas aquela de natureza material. Ou seja: o freio ao exercício plural do poder-dever punitivo é dado pela narração fática e não por sua definição jurídica, até mesmo porque esta é passível de variação entre os diferentes sistemas jurídicos. Já a narração fática se mantém íntegra, independentemente de sua representação normativa por este ou por aquele ordenamento.

O fato é que a coisa julgada e a garantia do *ne bis in idem* se encontram em evidente inter-relação. Mais do que isto: estão consagradas em sociedades democráticas fundadas no ideal do Estado de Direito. No plano internacional, por sua vez, vários são os exemplos em que a garantia do *ne bis in idem* assume a condição de verdadeiro direito humano. É o caso da Convenção Interamericana de Direitos Humanos,⁵ do

² Jean Pradel: *Droit penal*, T. II, 2. ed., Paris: Cujas, 1980, 2. ed., p. 654.

³ Sobre o *ne bis in idem*, ver: Julio Maier: "Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)", em *Doctrina penal*, n. 33, ano 9, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 415-461.

⁴ Como bem assinala Manuel Garrido: "Es razonable, entonces, que se brinde al Estado una sola oportunidad para hacer efectiva la aplicación de la ley penal. Una sola vez podrá realizar ese proceso y si no logra consolidar la acusación no podrá volver a hacerlo en el futuro". Manuel Garrido: "La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de la aplicación de la Convención Americana sobre derechos humanos. La cuestión de la cosa juzgada", em *Revista Argentina de derechos humanos*, n. 0, ano 1, Buenos Aires, Ad-hoc, 2001, p. 163-164.

⁵ Art 8.4. "El inculpaado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos⁶ e do Protocolo n. 7,⁷ subscrito em Estrasburgo, em 1984.

No entanto, quando a questão é posta em face do Direito Penal Internacional, tanto a coisa julgada quanto a garantia do *ne bis in idem* são relativizadas. É que aqui, claramente, os ideais de segurança das relações jurídicas e da garantia de resguardo da liberdade individual frente ao poder punitivo cedem espaço em favor do chamado combate à impunidade. Esta opção é normalmente justificada em face da extrema gravidade e da dimensão dos crimes praticados. Com efeito, os crimes internacionais⁸ possuem características muito próprias e que não estão restritas à gravidade e ao horror das condutas executadas. De fato, não se pode olvidar do comprometimento do próprio Estado que, via de regra, age por intermédio de seus agentes e órgãos. Em sua grande maioria, os crimes internacionais são executados graças a certo nível de tolerância e de comprometimento das autoridades nacionais. A impunidade, portanto, assume várias facetas e que vão desde a simples inércia persecutória até o arremedo de Justiça, que é representado pela instauração de investigações ou de processos absolutamente descomprometidos com a vontade de responsabilização dos verdadeiros culpados.

De qualquer modo, as relativizações da coisa julgada e do *ne bis in idem* não são automáticas. Ao contrário, devem atender a certos requisitos.⁹ Ao tratar da garantia do *ne bis in idem*, o ER afastou a sua prevalência caso o julgamento anterior tivesse sido desenhado com o objetivo de subtrair o acusado de sua responsabilidade penal¹⁰ ou quando não tivesse sido “conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional”¹¹ ou

⁶ Art. 14.7. “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

⁷ Art. 4. “Derecho a no ser juzgado o castigado dos veces.”

1. Nadie podrá ser perseguido o castigado penalmente por los tribunales del mismo Estado en razón de una infracción por la que hubiera sido ya absuelto o condenado por sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento penal de ese 1 Estado.

2. Lo dispuesto en el párrafo anterior no obsta a la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento penal del Estado interesado, cuando hechos nuevos o revelaciones nuevas, o cuando un vicio esencial en el procedimiento anterior pudieran afectar a la sentencia dictada”.

⁸ E que aqui são considerados como aqueles definidos nos arts. 5º a 8º do ER, vale dizer: genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra.

⁹ Neste sentido é o artigo 12 do Projeto de Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade, da Comissão de Direito Internacional (Documento suplemento n.º 10 [A/51/10]), também o artigo 10.2. do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para a ex Iugoslávia, o artigo 9.2 do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda e o artigo 20.3 do Estatuto de Roma.

¹⁰ Artigo 20.3 (a).

¹¹ Artigo 20.3 (b), primeira parte.

ainda quando o processo original tivesse sido “conduzido de maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça”.¹²

As fórmulas adotadas pelo ER são abertas e, portanto, dependentes da integração jurisprudencial. De qualquer forma, nesta busca por padrões de limitação do *ne bis in idem* o TPI poderá lançar o seu olhar para as decisões proferidas pelos tribunais de direitos humanos, dentre os quais a própria Corte IDH. Afinal, como se sabe, os direitos humanos internacionalmente reconhecidos são uma das bases jurídicas de apoio do TPI, de modo que o exame da jurisprudência das respectivas cortes regionais de direitos humanos pode trazer importantes paradigmas hermenêuticos para as futuras decisões.¹³

No presente trabalho se pretende examinar os vários casos enfrentados pela Corte IDH em que a problemática do *ne bis in idem* aflorou. A intenção é a de identificar a linha de raciocínio da Corte frente à vedação da dupla persecução. Mas, desde logo é importante observar ter a Corte reconhecido uma boa dose de relativização do princípio, uma vez configurada a coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”. A maioria dos casos analisados, note-se, se referem a crimes contra a humanidade ou a delitos graves que implicaram lesão à vida ou à integridade física e cujos supostos autores foram, em geral, favorecidos por leis de anistia, ou então absolvidos em procedimentos penais considerados fraudulentos.¹⁴ Em todos os casos, enfim, a necessidade de se resguardar os direitos das vítimas e de assegurar a luta contra a impunidade¹⁵ foi invocada como fator suficiente para que o princípio fosse relativizado.

¹² Artigo 20.3 (b), segunda parte.

¹³ Artigo 21.3.

¹⁴ Nestes casos, observa-se que a Corte constata a violação por parte do Estado ao artigo 8, que trata das garantias judiciais, ou ao artigo 25, sobre o direito à proteção judicial, ambos da Convenção Americana. Em regra, consta também vulneração dos artigos 1º e 2º do mesmo tratado, em virtude da inobservância, por parte do Estado, do dever de respeitar as regras da Convenção, bem como de tomar medidas efetivas para evitar violações aos direitos nela estabelecidos.

¹⁵ Conforme assinala Silva Sanchez, o termo impunidade, no contexto das formulações dos tribunais internacionais, significa a falta de investigação, persecução, captura, processamento e condenação dos responsáveis por violações a direitos protegidos pelo Direito internacional dos direitos humanos. Jesús María Silva Sanchez: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, em *Revista de estudios de la justicia*. n. 11, Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 37.

2. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

2.1. Conteúdo e alcance da garantia do *ne bis in idem*

2.1.1. Caso *Loayza Tamayo contra Peru (17 de setembro de 1997)*¹⁶

No dia 6 de fevereiro de 1993, María Elena Loayza Tamayo, professora da Universidade de San Martín de Porres, foi presa, sem prévia ordem judicial, por membros da Divisão Nacional contra o Terrorismo (DINCOTE), no interior de um imóvel localizado no Distrito los Olivos, na cidade de Lima. À época de sua detenção vigorava na capital e na Província de Callao um estado de emergência e de suspensão das garantias fundamentais.¹⁷ Nessas circunstâncias permaneceu detida por vinte dias nas dependências do DINCOTE, dez dos quais em condição de incomunicabilidade. Em razão da vigência dos Decretos-leis 25.475 e 25.659, não lhe foi permitida a impetração de ações impugnativas tais como o *habeas corpus*.

Acusada pelo cometimento do crime de traição à pátria,¹⁸ Loayza Tamayo foi processada perante o Juizado Especial da Marinha, órgão da Justiça Militar formado por juízes sem rosto. Absolvida em primeiro grau, foi condenada, em sede recursal, pelo Conselho de Guerra Especial da Marinha. No dia 11 de agosto de 1993 foi absolvida pelo Tribunal Especial do Conselho Supremo da Justiça Militar, decisão que foi confirmada pela Sessão Plenária do Tribunal Supremo Militar Especial no dia 24 de

¹⁶ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

¹⁷ Cf. § 46(b) da sentença proferida pela Corte IDH no dia 17.9.1997.

¹⁸ Tipo penal disposto no Decreto-lei 25.659, de 12 de agosto de 1992: “**Artículo 1.** Constituye delito de traición a la Patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2 del Decreto Ley N° 25475, 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. Incurre en delito de traición a la Patria:

a) El que pertenece al grupo directivo 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 informes, 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”.

setembro do mesmo ano. Naquela mesma oportunidade, o Tribunal Supremo determinou a remessa de peças para o juízo comum a fim de que fosse apurada responsabilidade de Loayza relativamente ao crime de terrorismo, nos termos do Decreto-lei 25.475.¹⁹ Perante o juízo comum, a defesa tentou, sem sucesso, o reconhecimento da coisa julgada mediante a oposição da respectiva exceção. Ao final, Loayza foi condenada à pena de 20 (vinte) anos de prisão, condenação que foi confirmada, posteriormente, pela Corte Suprema de Justiça.

Ao enfrentar a alegação de violação do *ne bis in idem*,²⁰ a Corte IDH inicialmente reconheceu a maior abrangência da fórmula adotada pelo sistema americano, se comparada com outros documentos internacionais de proteção dos direitos humanos. No seu entender, a proibição de dupla persecução “pelos mesmos fatos” seria mais eficaz do que o modelo que pressupõe a identidade de “delito”, tal como consignado pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.²¹ De qualquer modo, ao contrapor os dois tipos penais atribuídos a Loayza – “traição à pátria”, de competência da Justiça Militar, e “terrorismo”, de competência da Justiça Comum –, a Corte IDH considerou presente uma estreita proximidade entre as figuras penais, de modo que a adequação típica entre uma ou outra fórmula ficaria circunscrita a adoção de critérios puramente subjetivos dos operadores do direito.²²

Mas o ponto central do julgamento envolveu a interpretação do termo “absolvição”, o qual fora empregado pela justiça castrense peruana ao afastar a culpabilidade de Loayza Tamayo relativamente ao crime de traição à pátria. Para a Corte IDH, o uso daquela terminologia seria revelador de que a decisão tomada fora, realmente, uma decisão de mérito. Nesse ponto de nada adiantaram os argumentos apresentados pelo Estado peruano de que a expressão teria sido mal colocada e que a decisão, na verdade, indicava

¹⁹ “Artículo 2. Descripción típica del delito. 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 libertad no menor de veinte años”.

²⁰ Veja-se o artigo 8.4 da Convenção Americana.

²¹ A comparação foi feita com o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, cuja garantia ali prevista impede a renovação do processo sempre que verificada a identidade de “delitos”. Na verdade, a expressão “delito” é carregada de uma conotação jurídico-normativa que conduz a uma identidade de elementos descritivos componentes do tipo penal. A expressão “fato”, por sua vez, se relaciona com o plano material e, nesse ponto, independe de sua classificação jurídica. Logo, havendo identidade fática, irrelevante a definição jurídica dada, pois a nova persecução penal será proibida.

²² Veja-se o § 68 da sentença.

uma desclassificação cumulada com a declinatória competência em favor da Justiça comum diante da perspectiva de configuração do crime de terrorismo. Com efeito, para a maioria dos juízes da Corte IDH a Justiça Militar peruana teria conhecido da acusação, valorado as provas apresentadas, e, nessa perspectiva, feito uso de terminologia que não era compatível com uma simples decisão declinatória de competência. E, como reforço de sua conclusão, a Corte IDH fez referência a inúmeros exemplos de processos instaurados naquele país nos quais não houve emprego da expressão “absolvição” quando da declinação de competência de um juízo para outro.

A partir desse ponto a Corte IDH passou ao exame comparativo entre os termos das duas acusações proferidas contra Loayza Tamayo, concluindo pela existência de semelhanças entre aquela apresentada perante a Justiça Militar e a ofertada posteriormente em face do juízo comum. Dessa forma, segundo concluíram os juízes, a semelhança entre ambas reforçaria a tese de identidade fática de modo que a absolvição anunciada pela Justiça Militar já seria, por si só, causa impeditiva para a reiteração da tese acusatória perante o juízo comum.²³

A solução, é certo, não foi unânime, posicionando-se contrariamente ao reconhecimento da violação da garantia do *ne bis in idem* o juiz Montiel Arguello. Na fundamentação de seu voto dissidente o juiz considerou que a expressão “absolvição”, empregada pela Justiça Militar peruana, deveria ser interpretada no contexto da decisão lá proferida, constituindo, na verdade, uma decisão de conteúdo desclassificatório – afastamento de um delito com a afirmação da possibilidade de configuração de outro crime de competência material de outro juízo. No mais, ao enfrentar a amplitude dos atos decisórios da Corte IDH, o mesmo juiz observou que o reconhecimento de vícios processuais nas jurisdições nacionais somente poderia ser resolvido pela Corte mediante a anulação do processo pelo tribunal peruano competente, sendo vedada à Corte IDH a adoção de soluções que, em última análise, resultassem em absolvição de quem fora processado e condenado pelo Estado-parte.

²³ De acordo com a acusação apresentada pelo juízo militar e transcrita, parcialmente, pela sentença proferida pela Corte IDH (conferir § 74), Loayza Tamayo era integrante “del Departamento de Socorro Popular del Partido Comunista del Perú-Sendero Luminoso, conformando la ‘Célula de Dirección’ y [era] responsable de la elaboración de los planes de acción para cada campaña o período determinado, así como de la dirección, supervisión, control y abastecimiento logístico de los destacamentos y milicias que ejecutan las diversas acciones terroristas”. Já perante a Justiça Comum, a Corte IDH destacou o seguinte trecho da acusação ali apresentada (cf. § 75) : “[...] existiendo evidencias de la comisión del delito de terrorismo contra los referidos encausados; a que se les atribuye a los denunciados formar parte del Partido Comunista del Perú —Sendero Luminoso— que para la consecución de sus fines utilizan medios terroristas...”.

Há, de fato, uma certa simplificação da Corte IDH ao enfatizar os aspectos formais das decisões proferidas pelo Estado peruano em detrimento de uma análise mais rigorosa quanto às dimensões substanciais dos atos decisórios, especialmente daquele proferido pela Justiça Militar. Afinal, as decisões desclassificadoras supõem certo grau de valoração das provas produzidas. Trata-se de etapa logicamente anterior ao procedimento de adequação penal típica que envolve a própria desclassificação. Mas, ainda que reconhecida a natureza absolutória da decisão proferida pela Justiça Militar, caberia à Corte IDH precisar o sentido e o alcance da expressão “mesmo fato”, prevista pelo artigo 8.4 da Convenção Americana, justamente por constituir este o pressuposto da garantia do *ne bis in idem*. Esta questão, contudo, não foi enfrentada com profundidade. Ao contrário, o raciocínio trilhado pela maioria traz dúvidas quanto ao sentido que se pretendeu dar à expressão “fato”. Afinal, durante a motivação da decisão os juízes, além de contraporem os tipos penais abstratos, examinaram as imputações acusatórias deixando a impressão de que os fatores seriam idênticos ou ao menos equiparáveis. Não há, portanto, uma delimitação clara do que se poderia entender por “fato material”, “fato processual” e “objeto do processo”.

2.2. Limites à garantia do *ne bis in idem* e à coisa julgada

2.2.1. Caso *Carpio Nicolle contra Guatemala*

(22 de novembro de 2004)²⁴

Em 03 de julho de 1993, Jorge Carpio Nicolle, jornalista e político, encontrava-se no departamento de El Quiche, acompanhado de sua comitiva política, quando foi assassinado em uma emboscada executada por mais de quinze homens, supostamente integrantes das Patrulhas de Autodefesa Civil (PAC), grupo paramilitar da Guatemala. No contexto histórico do ataque há que se destacar o conturbado momento político que atravessava a Guatemala, e no qual Jorge Carpio figurou como destacada personalidade da oposição ao auto-golpe promovido pelo então presidente Serrano Elias e às subsequentes tentativas de aprovação de leis de anistia.²⁵

²⁴ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

²⁵ A sentença proferida pela Corte IDH (par. 76.1 a 76.14) apresenta interessante abordagem histórica dos acontecimentos que antecederam o assassinato de Jorge Carpio Nicolle. Em realidade, a história contemporânea da Guatemala é marcada por grande instabilidade política em razão de conflito armado entre os anos de 1962 a 1996. Estimativas apontam para mais de duzentas mil vítimas de execuções sumárias, torturas e desaparecimentos forçados. Foi nesse contexto que, na década de oitenta do século passado, nasceram as PAC, grupo paramilitar que tinha por objetivo organizar a população civil contra os movimentos de guerrilha. Na execução

Após diversos incidentes verificados na investigação criminal, com o extravio de importantes provas, o processo-crime, inicialmente instaurado contra treze acusados, encerrou-se seis anos depois com a absolvição de todos os réus. Na sentença de primeiro grau, embora tenha sido reconhecida a responsabilidade de apenas um dos acusados – Juan Acabal –,²⁶ foram excluídas da valoração judicial as declarações prestadas pelas vítimas por terem sido consideradas parciais em razão do suposto interesse que aquelas pessoas teriam no deslinde da causa. Não se reconheceu, igualmente, a motivação política dos crimes e tampouco se determinou a apuração do desaparecimento de provas durante as investigações.²⁷ Também não foi acolhida a alegação de que Juan Acabal pertencia às patrulhas paramilitares, a despeito, segundo a avaliação feita pela Corte IDH, da existência de diversas provas de que ele seria o efetivo comandante daquele grupo.²⁸

Da sentença foi interposto recurso de apelação, o qual foi julgado pela 3ª Câmara da Corte de Apelações. Esta, por sua vez, reformou a sentença e acabou absolvendo Juan Cabal por insuficiência de provas. Naquela oportunidade, a Corte de Apelações observou que a falta de identificação plena de todas as provas quando da investigação comprometia a realização dos exames periciais.²⁹ Por fim, o recurso de cassação interposto pelo Ministério Público sequer foi conhecido pela Corte Suprema de Justiça em razão do não cumprimento de certas formalidades.³⁰

de seus objetivos, perpetraram inúmeras violações de direitos humanos tais como decretação unilateral de toque de recolher, sequestros e torturas. A partir de 1985, inicia-se um período de transição à democracia. Em 1990, por ocasião das eleições gerais, Serrano Elias ganha o pleito para a presidência da república, derrotando Jorge Carpio Nicolle, da União de Centro Nacional (UCN). O acordo político celebrado entre as principais forças rompe-se, o que leva ao isolamento político de Serrano Elias, que promove, então, um autogolpe, dissolvendo, para tanto, o Congresso, a Corte Suprema de Justiça e a Corte Constitucional, além de restringir os direitos e as liberdades fundamentais. Serrano, no entanto, é afastado do poder, refugiando-se em El Salvador. O vice-presidente, Gustavo Espina, embora se auto-proclame presidente, não vem a ser reconhecido pela Corte Constitucional, o que leva o Congresso a nomear Ramiro de Leon, primo-irmão de Jorge Carpio, presidente da República. Ainda durante os conturbados dias do golpe, alguns projetos de lei são informalmente apresentados ao Congresso visando a anistia de todos os envolvidos naquele ato, o que vem a ser alvo de forte oposição de Jorge Carpio na condição de editor do jornal *El Gráfico*.

²⁶ Conforme o § 76.53 da sentença proferida pela Corte IDH foi ele condenado à pena de 30 anos de prisão pela morte de Carpio Nicolle, enquanto Marcelino Tuy Taniel e Nazario Tuy Taniel foram condenados à pena, cada qual, de 5 anos pelo crime de fabricação e posse de explosivo.

²⁷ Conforme o f. § 76.54: “Asimismo, en dicha sentencia el juez consideró que el móvil político no tenía relevancia en cuanto a los hechos investigados. Además, dicho juez no investigó la desaparición de la prueba, ni el incendio de los archivos en donde se encontraba el expediente; no se refirió a la negativa del Ejército de citar a soldados para la evacuación de sus testimonios; dejó causa abierta contra algunos sindicados, en su mayoría patrulleros civiles, e indicó que el señor Juan Acabal Patzán no perteneció a dichas patrullas, pese a que existía prueba de que era comandante de las mismas. Ello evidencia la negligencia y falta de independencia y de imparcialidad que caracterizó a las autoridades judiciales intervinientes”.

²⁸ Idem *Ibidem*.

²⁹ Conferir § 76.59.

³⁰ Conferir § 76.61.

Ao enfrentar as alegações de violações de direitos humanos, a Corte IDH considerou que a persecução penal interna havia sido marcada por uma obstrução contínua das investigações por parte de agentes do Estado e de grupos paralelos de poder. Para tanto, apontou diversos fatos objetivos e que seriam reveladores do desvio de fontes de prova e dos empecilhos à realização de vários exames periciais.³¹ Já no exame da condução do processo-crime, a Corte IDH considerou configuradas diversas irregularidades reveladoras da negligência com que as autoridades judiciais teriam agido o que, no seu entender, seria sintomático da ausência de imparcialidade e da independência dos juízes.³²

Reconhecidas tais violações, a Corte IDH determinou que o Estado peruano investigasse os fatos visando à identificação, o julgamento e a punição dos autores materiais e intelectuais do crime. Nessa dimensão, invocando os precedentes dos casos *De los Hermanos Gómez Paquiyauri, Comerciantes e Molina Theissen*,³³ os juízes proferiram claro aviso às autoridades nacionais declarando, desde logo, inadmissíveis a anistia, as regras de prescrição e de exclusão de responsabilidade relativamente aos crimes de tortura, de execução sumária e de desaparecimentos forçados de pessoas por representarem todos estes graves atos violações de direitos humanos.³⁴ E, com amparo na legislação internacional,³⁵ a Corte IDH também deixou assentado o dever do Estado de reexaminar a coisa julgada fraudulenta, e que seria aquela resultante de um processo marcado pelo desrespeito das regras do devido processo ou mesmo pela atuação de juízes que não fossem independentes ou imparciais.³⁶

³¹ Conferir § 78.

³² Conferir § 132.

³³ Nenhuma das decisões da Corte IDH trata diretamente da coisa julgada ou do princípio *ne bis in idem*. No entanto, os três casos têm em comum a prática de crimes contra a humanidade e a condenação dos Estados, por violação aos artigos 1 e 2 da Convenção Americana, em razão da omissão na investigação e na punição dos responsáveis por aqueles crimes. Ou seja, todas as situações envolvem o chamado combate a uma intolerável impunidade que passa pelo reconhecimento da violação das obrigações assumidas pelos Estados partes de adotarem medidas efetivas para que as violações aos direitos previstos pela Convenção não ocorressem e não permanecessem impunes.

³⁴ Conferir § 130.

³⁵ Foram invocados os Estatutos de Roma e os Estatutos dos Tribunais Penais Internacionais de Ruanda e da Ex-Iugoslávia. Veja-se o § 132, nota 137.

³⁶ A sentença de fundo determinou o seguinte: “el Estado debe investigar efectivamente los hechos del presente caso con el fin de identificar, juzgar y sancionar a los autores materiales e intelectuales de la ejecución extrajudicial de los señores Carpio Nicolle, Villacorta Fajardo, Ávila Guzmán y Rivas González, así como de las lesiones graves de Sydney Shaw Díaz. El resultado del proceso deberá ser públicamente divulgado, para que la sociedad guatemalteca conozca la verdad” (cf. § 120).

2.2.2. Caso Gutiérrez Soler contra Colômbia (12 de setembro de 2005)³⁷

No dia 24 de agosto de 1994, Wilson Gutiérrez Soler foi detido pelo coronel da Polícia Nacional, Luiz Gonzaga Enciso Barón, e seu primo, o ex-tenente coronel do Exército, Ricardo Dalel Barón, sendo conduzido às dependências da Unidade Nacional Anti-extorsão e Sequestro (UNASE), onde foi submetido à tortura e a tratamentos cruéis a fim de que confessasse o envolvimento em um crime de extorsão. Além das sevícias, a admissão de culpa não contou com o acompanhamento de assistência jurídica. No dia seguinte à detenção, Gutiérrez denunciou as torturas a que foi submetido à Procuradoria Regional, o que levou à instauração de dois processos: um no juízo comum contra Dalel Barón, e o outro na jurisdição penal militar e disciplinar, contra o Coronel Enciso Barón.³⁸

Relativamente ao coronel, o processo instaurado perante a Justiça Militar foi encerrado pelo Tribunal Superior Militar após reconhecer-se a inconsistência de provas e a falta de credibilidade de que gozaria o próprio denunciante. Já o procedimento disciplinar, não teve solução diferente, tendo sido arquivado pela Procuradoria Geral da Nação com base no princípio *ne bis in idem* diante da decisão anterior proferida pelo diretor da Polícia Judicial, que havia isentado o coronel de qualquer responsabilidade pelos fatos denunciados. Já o procedimento investigatório aberto contra Dalel Barón, foi arquivado pela Procuradoria Geral da Nação após esta reconhecer a falta de credibilidade das testemunhas que foram consideradas suspeitas em razão de vínculos mantidos com as vítimas. O arquivamento foi ainda confirmado e mantido pelo Tribunal Superior do Distrito Judicial de Bogotá.³⁹

Ao examinar o caso, a Corte IDH considerou evidenciada a impunidade diante da ausência de qualquer condenação dos responsáveis pelos crimes, passados onze anos desde os fatos.⁴⁰ Nessa perspectiva de intolerância à impunidade e de busca pela maior efetividade do sistema protetivo dos direitos humanos, a Corte apontou para a existência

³⁷ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

³⁸ Segundo a sentença, tais fatos foram considerados incontroversos diante do reconhecimento da responsabilidade do Estado colombiano no processo perante a própria Corte IDH. Para tanto, ver o § 48.1 a 48.12.

³⁹ Fatos igualmente reputados incontroversos pela Corte IDH.

⁴⁰ Ao definir a *impunidade*, a Corte IDH fez referência aos precedentes fixados pelos casos *Comunidad Moiwana*, *Las Hermanas Serrano Cruz* e *Los Hermanos Gómez Paquiyauri*, de modo que a impunidade corresponderia à ausência “en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” (Conferir § 95).

de um regime jurídico punitivo mais rigoroso, o qual estaria fundado no dever de todos os Estados de implementarem mecanismos que de um lado assegurassem a punição dos responsáveis pelas violações àqueles direitos⁴¹ e, de outro, que proscrevessem a anistia, o indulto, a prescrição ou quaisquer outras medidas que impedissem a persecução penal ou que suprimissem os efeitos de uma sentença condenatória.⁴²

Por sua vez, a Corte IDH, fundada na premissa dos “fatos incontrovertidos” e recorrendo ao precedente do caso *Carpio Nicolle*, reconheceu o desrespeito à cláusula do devido processo legal nos processos conduzidos perante as autoridades judiciárias colombianas, o que levaria à configuração da chamada “coisa julgada fraudulenta”. A Corte, contudo, não foi clara em precisar o sentido desta expressão e tampouco indicou os vícios ao devido processo que teriam sido cometidos.⁴³

Provavelmente foram tais imprecisões que levaram o juiz Sergio Garcia Ramirez a discorrer, em declaração separada, sobre a problemática relacionada com a coisa julgada fraudulenta e a relativização da garantia do *ne bis in idem*. Para ele, a fraude processual estaria relacionada com a comprovada distorção do exercício das funções persecutórias e judiciais de modo que a sentença se prestaria a outros objetivos que não o de promover a Justiça.

Segundo o juiz Sergio Garcia, a desconsideração da coisa julgada das decisões proferidas pelas jurisdições nacionais pode vir fundada em diferentes motivos, a saber: constatação de erro do julgamento sem que houvesse qualquer motivo razoável para tal injustiça; atuação ilegal ou ilegítima do julgador na condução do processo ou ainda na apresentação de fundamentos materiais falsos quando do julgamento. Em todas as situações, concluiu o mesmo juiz, a decisão final não atenderia aos fins da Justiça, servindo-a apenas na aparência.⁴⁴ De qualquer modo, o juiz Sergio Garcia lembrou a necessidade de

⁴¹ Conferir o § 95 a 97.

⁴² Nesse ponto, invocou os precedentes dos casos da *Comunidad Moiwana, Huilca Tecse* e de *Las Hermanas Serrano Cruz* (parágrafo 97, nota 43).

⁴³ É o que se infere do seguinte trecho da decisão: “Este Tribunal ya se ha referido a la llamada ‘cosa juzgada fraudulenta’ que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso. A la luz del reconocimiento de responsabilidad de Colombia y los hechos probados, se desprende que los procesos del presente caso, ante los tribunales nacionales, estuvieron contaminados por tales vicios”. (Conferir o § 98).

⁴⁴ Foi o que assentou: “Es notoria la decadencia de la autoridad absoluta de la cosa juzgada inherente a la sentencia definitiva y firme, entendida en el sentido tradicional de la expresión. Difícilmente podrían actuar con eficacia, y quizás no siquiera existirían, la jurisdicción internacional de derechos humanos y la jurisdicción internacional penal si se considera que las resoluciones últimas de los órganos jurisdiccionales nacionales son inatacables en todos los casos. La improcedencia o impertinencia de la resolución judicial interna que pone fin a una contienda puede advertirse a partir de diversos datos: error en el que incurre quien la emite, sin que se añada otro motivo de injusticia; o bien, ilegalidad o ilegitimidad con las que actúan el juzgador, sea en actos del enjuiciamiento (violaciones procesales que destruyen el debido proceso), sea en la presentación (falseada) de

que tais considerações fossem sempre precedidas de uma análise criteriosa e que fossem calçadas em apreciações objetivas e não subjetivas.⁴⁵

2.2.3. Caso Almonacid Arellano contra Chile (26 de setembro de 2006)⁴⁶

No dia 16 de setembro de 1973, poucos dias após o golpe de estado que derrubou o então Presidente Salvador Allende e que levou à instauração de um regime militar, Almonacid Arellano, professor e militante do Partido Comunista, foi alvejado, por policiais, defronte a sua residência e na presença de seus familiares, vindo a falecer no dia seguinte em decorrência dos ferimentos.⁴⁷ Em 03 de outubro do mesmo ano foi aberta investigação perante o 1º Juízo Criminal de Rancagua. A tramitação, contudo, foi turbulenta, com sucessivas suspensões e retomadas, até que em 04 de setembro de 1974, a Corte de Apelações determinou a suspensão temporária das investigações.

Após o término do governo militar, em 10 de março de 1990, a viúva de Almonacid, Elvira del Rosario Gómez Olivares, apresentou requerimento para a reabertura das investigações. Após longa discussão a respeito da delimitação da competência jurisdicional, a Corte Suprema decidiu, em 16 de dezembro de 1996, pela afirmação da competência da Justiça Militar, ordenando, por consequência, o encaminhamento dos autos ao 2º Juízo Militar de Santiago. Este, por sua vez, determinou o arquivamento definitivo do procedimento após reconhecer válido o Decreto-lei 2.191 de 1978 que concedera anistia aos responsáveis por crimes cometidos durante a vigência do Estado de Sítio – de 11 de setembro de 1973 a 10 de março de 1978.⁴⁸

los hechos conducentes a la sentencia. En ambos casos se arribará a una sentencia que no sirve a la justicia y solo en apariencia —formalmente— atiende a la seguridad jurídica". (Conferir o § 19 do voto em separado).

⁴⁵ Conferir o § 22 do voto em separado.

⁴⁶ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

⁴⁷ As referências históricas foram tomadas pela Corte IDH com base, sobretudo, nos informes das Comissões Nacionais de Verdade e de Reconciliação e de Prisão Política e Tortura. Em 11 de setembro de 1973, iniciou-se o regime militar no Chile, que vigorou até o dia 10 de março de 1990. O longo período foi marcado por diferentes graus de repressão política. No entanto, a grande maioria das execuções e dos desaparecimentos forçados ficaram concentrados em 1973, no primeiro ano do regime de exceção (Conferir os § 82.3 a 82.7).

⁴⁸ "Artículo 1º - Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Artículo 2º - Amnistíase, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973. Artículo 3º - No quedarán comprendidas en la amnistía a que se refiere el artículo 1º, las personas respecto de las cuales hubiere acción penal vigente en su contra por los delitos de parricidio, infanticidio, robo con fuerza en las cosas, o con violencia o intimidación en las personas, elaboración o tráfico de estupefacientes, sustracción

A decisão foi confirmada pela Corte Marcial em 25 de março de 1998 que, expressamente, afastou a possibilidade de aplicação dos documentos internacionais de direitos humanos por força do princípio da irretroatividade da lei mais prejudicial. De acordo com a maioria, a punibilidade já tinha sido extinta em virtude da anistia, de modo que não poderia renascer com base na aplicação de dispositivos mais prejudiciais.⁴⁹ O recurso de cassação interposto contra tal decisão não foi conhecido pela Corte Suprema que o declarou intempestivo.

Ao analisar o caso, a Corte IDH afastou a questão preliminar relativa à incompetência *ratione temporis* e que tinha sido fundada na alegação de que os fatos tinham sido cometidos anteriormente à vigência da Convenção Americana, ocorrida em 21 de agosto de 1990. Nesse passo, a Corte reconheceu a prática de diversas violações cometidas posteriormente à entrada em vigor de tal documento e que, portanto, autorizavam o conhecimento da causa.⁵⁰

No mérito, a Corte IDH julgou procedente a causa, reconhecendo: a) a natureza de crime contra a humanidade do homicídio de Almonacid, porquanto cometido em um contexto de ataques sistemáticos, os quais seriam expressivos de uma política de perseguição promovida pelo Estado chileno;⁵¹ b) a impossibilidade de anistia dos crimes contra a humanidade diante da especial gravidade de tal criminalidade e de sua incompatibilidade com atos de perdão e de impedimento do exercício da persecução penal;⁵² c) a invalidade do Decreto-lei 2.191 que concedeu anistia; d) o descumprimento de

de menores de edad, corrupción de menores, incendios y otros estragos; violación, estupro, incesto, manejo en estado de ebriedad, malversación de caudales o efectos públicos, fraudes y exacciones ilegales, estafas y otros engaños, abusos deshonestos, delitos contemplados en el decreto ley número 280, de 1974, y sus posteriores modificaciones; cohecho, fraude y contrabando aduanero y delitos previstos en el Código Tributario. Artículo 4° - Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1°, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol n° 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc. Artículo 5° - Las personas favorecidas por el presente decreto ley, que se encuentren fuera del territorio de la República, deberán someterse a lo dispuesto en el artículo 3° del decreto ley n° 81, de 1973, para reingresar al país”.

⁴⁹ É interessante pontuar o voto dissidente proferido pela Ministra Morales que considerou o assassinato de Almonacid praticado em um contexto de guerra, de modo que aquele crime constituía uma violação ao artigo 3° da Convenção de Genebra e, portanto, seria imprescritível e insuscetível de anistia (Conferir o p. 82.21).

⁵⁰ Mais especificamente: a) reconhecimento da competência da Justiça Militar nacional para investigação e processamento do homicídio de Almonacid; b) validade do Decreto-lei 2191/1978 que concedera anistia aos responsáveis por crimes contra a humanidade e c) aplicação da anistia para o caso, o que levou ao encerramento da persecução (Conferir os § 46 a 48).

⁵¹ Nesse ponto, a sentença faz interessante abordagem histórico-evolutiva a respeito da construção da categoria dos crimes contra a humanidade (Conferir os § 93 a 104).

⁵² Como pressupostos de seu raciocínio, a Corte IDH buscou apoio no precedente do caso *Erdemovic*, julgado pelo Tribunal Internacional para ex-Iugoslávia, nas Resoluções da ONU e nos próprios precedentes julgados pela Corte IDH como no caso *Barrios Altos* (Conferir os § 115-114).

obrigações relacionadas com a adequação do ordenamento nacional à normativa internacional, mais especificamente a revogação do Decreto-lei 2.191⁵³ e f) a impossibilidade de descumprimento das disposições internacionais em face das disposições de direito interno diante da imposição decorrente do artigo 27 da Convenção de Viena.

E foi justamente nessa perspectiva de supremacia das normas internacionais de direitos humanos que a Corte IDH afirmou caber ao Poder Judiciário um “controle de convencionalidade” consistente na estrita obediência às garantias impostas pela Convenção Americana, bem como da jurisprudência emanada da própria Corte IDH.⁵⁴ Nesse ponto, de nada valeram os argumentos do Estado chileno dando conta de que a validade do Decreto-lei 2.191 já era alvo de discussões em nível legislativo, ou mesmo de que a sua aplicação já não era reconhecida pelo Poder Judiciário em muitos casos.⁵⁵ A Corte IDH foi categórica. Enquanto não houvesse reforma legislativa persistiriam as violações ao artigo 2º da Convenção o qual impõe aos Estados o dever de implementação de todas as medidas – legislativas ou não – para adequação de seu ordenamento ao sistema interamericano de direitos humanos.

Foram estes, portanto, os fundamentos que levaram à condenação do Estado chileno e à imposição do dever de declarar sem efeito as decisões e as sentenças proferidas relativamente à investigação do homicídio de Almonacid. Mas, para além da condenação, a Corte IDH proibiu ainda o Estado chileno de aplicar o Decreto-lei 2.191 ou mesmo de invocar argumentos relacionados com a prescritibilidade, a irretroatividade da lei penal e o princípio *ne bis in idem*.⁵⁶

No campo específico da garantia de proibição da dupla persecução, a Corte IDH, embora tivesse reconhecido a sua condição de direito internacional dos direitos humanos, afirmou a sua relatividade, de modo que não prevaleceria quando: a) a absolvição do

⁵³ Nesse passo, a Corte IDH afirmou que o artigo 2º da Convenção impõe a adoção de medidas em duas vertentes para a adequação do ordenamento nacional. Pela primeira, deveriam ser suprimidas todas as normas e práticas que violem as garantias previstas na Convenção. Já pela segunda, cabe ao Estado promulgar normas que levem ao desenvolvimento de práticas que respeitem de forma efetiva as garantias internacionais de direitos humanos (Conferir o § 118).

⁵⁴ Como se infere do seguinte trecho: “la descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. [...] cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por los efectos de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos”. (Conferir o § 123-124).

⁵⁵ Conferir os parágrafos 82.24 e 82.25.

⁵⁶ Conferir o § 151.

agente responsável pela violação de direitos humanos ou a extinção do processo contra ele instaurado tivessem sido realizados com o propósito de subtraírem o agente de sua verdadeira responsabilidade; b) o processo nacional não tivesse sido conduzido de forma independente, imparcial ou em conformidade com as garantias do devido processo; c) quando não estivesse configurada a intenção real de submeter o responsável à ação da Justiça.⁵⁷ Nessas circunstâncias, e invocando o precedente do caso *Carpio Nicolle*, a Corte IDH retomou a noção de coisa julgada aparente ou fraudulenta.

Trazendo as premissas para o caso, a Corte IDH considerou que a perseguição no âmbito nacional foi conduzida por tribunais que não respeitavam as garantias da competência, da independência e da imparcialidade.⁵⁸ Dessa forma, concluiu que em caso de surgimento de novas provas, além de ser possível a reabertura de novas investigações, novos processos poderiam ser apresentados, mesmo no caso de sentenças absolutórias já transitadas em julgado. Segundo a Corte IDH, os direitos das vítimas, a letra e o espírito da Convenção se sobrepõem ao princípio do *ne bis in idem*.⁵⁹

2.2.4. Caso La Cantuta contra Peru (29 de novembro de 2006)⁶⁰

No dia 22 de maio de 1991, em meio a um contexto de luta do Estado peruano contra organizações subversivas,⁶¹ o Exército fixou um destacamento militar da Divisão de Forças Especiais (DIFE) no campus da Universidade Nacional de Educação Enrique Gúzman y Valle, La Cantuta, o qual, além de impor um toque de recolher, estabeleceu um controle de entrada e de saída de pessoas.⁶² Foi nesse cenário que, em 18 de julho de

⁵⁷ Conferir o § 154.

⁵⁸ Em referência específica ao processamento perante a Justiça Militar, que para a Corte IDH deveria ter uma atuação restrita e excepcional voltada à proteção de interesses jurídicos especiais e vinculados com as funções que a lei prevê às forças militares. Logo, somente poderiam ser da competência da Justiça Militar as condutas cometidas por militares que atentassem contra bens jurídicos próprios da ordem militar. Nesse sentido, a Corte IDH invocou o precedente do caso *Palamara Iribarne*, afirmando: "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, se encuentra íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia". (Cf. § 131).

⁵⁹ Cf. § 154.

⁶⁰ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

⁶¹ Os dados históricos referidos tomam por base os fatos assumidos como provados pela Corte IDH, vale dizer, aqueles reconhecidos pelo próprio Estado peruano, como também o relatório final produzido pela Comissão de Verdade e de Reconciliação, além das cópias dos processos instaurados pela jurisdição doméstica (ver nota 17 da sentença). Conforme afirmado pela Corte IDH, nos anos de 1983 a 1984 e 1989 a 1992, o desaparecimento forçado de pessoas, as torturas e as execuções sumárias constituíram uma prática recorrente no Peru como marco da luta do Estado contra grupos extremistas.

⁶² Conferir o § 80.10. O ingresso e a ocupação nas universidades pelas forças armadas foi estabelecido pelo Decreto-lei 726/1991, que alterou a letra do artigo 8º da Lei 23.733, para dar-lhe a seguinte redação:

1992, durante a madrugada, membros do Exército e agentes do que posteriormente se descobriu serem integrantes do denominado Grupo Colina,⁶³ armados e encapuzados, ingressaram no campus e dali levaram nove estudantes⁶⁴ e um professor.⁶⁵ De todos, apenas dois corpos foram localizados e identificados anos depois em fossas clandestinas localizadas em Cieneguilla e Huachipa.⁶⁶

Em 06 de agosto de 1992, após provocação feita pelos familiares das vítimas, foi instaurada, perante a 8ª Promotoria da Província de Lima, investigação criminal que ali tramitou até o dia 09 de agosto de 1993, quando os autos foram avocados pela Sala de Guerra do Conselho Superior da Justiça Militar (CSJM). Na Justiça Militar foi ofertada denúncia (autos n. 157-V-93) que foi alvo de aditamento após a descoberta dos restos mortais nas valas clandestinas. Paralelamente, foi apresentada denúncia perante o juízo comum contra alguns militares aos quais foram imputados os crimes de sequestro, desaparecimento forçado de pessoas e assassinato. Por consequência, estabeleceu-se um conflito positivo de competência entre a justiça militar e a comum até que, no dia 11 de fevereiro de 1994, a Sala Penal da Corte Suprema fixou a competência da justiça castrense.⁶⁷

Uma vez na Justiça Militar, no dia 21 de fevereiro de 1994, a Sala de Guerra do CSJM proferiu sentença condenando alguns dos militares denunciados.⁶⁸ Relativamente

"Artículo 8: El recinto y los locales universitarios solo son utilizados para el cumplimiento de sus fines propios y dependen exclusivamente de la respectiva autoridad universitaria. Previa autorización, el Ministro de Defensa, o del Interior, o de los Comandos Militares o Policiales en su caso, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Perú, podrán ingresar a los locales universitarios, cuando tomen conocimiento que elementos o grupos terroristas perturben la paz y el orden interno; respetando la autonomía Académica y Administrativa de dichos Centros de Estudios".

⁶³ De acordo com os dados obtidos pela Corte IDH junto ao informe da Comissão da Verdade, o Grupo Colina estava vinculado ao Serviço de Inteligência Nacional (SIN) e operava com o conhecimento do Presidente da República e do Comando do Exército. Tinha por política de Estado a identificação, o controle e a eliminação dos suspeitos de integrarem grupos insurgentes contrários ao regime do ex-presidente Alberto Fujimori, mediante ações sistemáticas de execuções extrajudiciais indiscriminadas, assassinatos seletivos, desaparecimento forçados de pessoas e torturas (Cf. § 80.18).

⁶⁴ Bertilla Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Peria, Armando Richard Amaro Condor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cardenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa (Cf. § 80.13).

⁶⁵ Hugo Muñoz Sánchez (Cf. § 80.14).

⁶⁶ Em julho de 1993 foram descobertos os restos mortais que depois foram identificados como sendo de Bertilla Lozano Torres e Luis Enrique Ortiz Peria (Conferir o § 80.16).

⁶⁷ Conferir o § 80.52.

⁶⁸ O General Juan Rivero Lazo foi condenado à pena de 5 anos pelo crime de negligência; o coronel Federico Augusto Navarro Pérez foi condenado à pena de 4 anos pelo crime de negligência; o capitão José Adolfo Velarde Astete foi condenado à pena de 1 ano de reclusão militar; os majores de engenharia Santiago Enrique Martín Rivas e Carlos Eliseo Pichilingue Guevara foram condenados pelos crimes de abuso de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas e homicídio, cada qual à pena de 20 anos de prisão, e Nelson Rogelio Carbajal García, Julio Chuqui Aguirre e Jesus Antonio Sosa Saavedra foram condenados pelos crimes de abuso

à autoria intelectual, os mesmos juízes abriram procedimento apuratório (227-V-94-A) contra o general Nicolas de Barri Hermoza Rios, Luis Peres Documet e o capitão de Exército Vladimiro Montesinos. O procedimento, no entanto, foi suspenso no dia 15 de agosto do mesmo ano.

Com a promulgação da Lei de Anistia – Lei 26.479/1995 – todos os envolvidos em violações de direitos humanos cometidas desde maio de 1980 foram por ela alcançados,⁶⁹ razão pela qual todos os réus que tinham sido condenados pela CSJM foram contemplados com o perdão.⁷⁰ Nova lei foi promulgada pelo Congresso – Lei 26.492/1995 – que, ao interpretar a Lei de Anistia, impôs a sua imediata aplicação a todos os fatos relacionados com a luta contra o terrorismo independentemente da existência ou não de investigação instaurada ou mesmo de processo em curso.⁷¹ A incompatibilidade das sobreditas leis, afirmadas pela Corte IDH quando do julgamento do caso Barrios Altos,⁷² levou a CSJM a declarar, no dia 16 de outubro de 2001, nula a decisão que aplicara a anistia, determinando o retorno do processo ao estágio em que se encontrava.

de autoridade, sequestro, desaparecimento forçado de pessoas, contra a administração da justiça, assassinato, cada qual à pena de 15 anos de prisão (Conferir o § 80.54).

⁶⁹ “Artículo 1°. Concédase amnistía general al personal Militar, Policial o Civil, cualquiera que fuere su situación Militar o Policial o Funcional correspondiente, que se encuentre denunciado, investigado, encausado, procesado o condenado por delitos comunes y militares en los fueros Común o Privativo Militar, respectivamente, por todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo que pudieran haber sido cometidos en forma individual o en grupo desde mayo de 1980 hasta la fecha de la promulgación de la presente Ley”.

⁷⁰ Conferir os § 80.58 a 80.66.

⁷¹ “Artículo 3°. Interpretese el Artículo 1° de la Ley nº 26479 en el sentido que la amnistía general que se concede es de obligatoria aplicación por los Órganos Jurisdiccionales y alcanza a todos los hechos derivados u originados con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo cometidos en forma individual o en grupo desde el mes de mayo de 1980 hasta el 14 de Junio de 1995, sin importar que el personal militar, policial o civil involucrado se encuentre o no denunciado, investigado, sujeto a proceso penal o condenado; quedando todos los casos judiciales en trámite o en ejecución archivados definitivamente de conformidad con el Artículo 6° de la Ley precitada”.

⁷² Conforme o parágrafo 41 da sentença de fundo, no caso *Barrios Altos*, a Corte IDH declarou 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”. No parágrafo 47 de dita sentença, decidiu a Corte IDH que “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”.

A Corte IDH, após reconhecer o período de exceção enfrentado pela sociedade peruana, quando diversas arbitrariedades teriam sido cometidas por agentes de Estado, apontou para a violação de vários dispositivos da Convenção Americana relativamente aos fatos ocorridos na Universidade *La Cantuta*.⁷³ Nesse aspecto, ao tratar das garantias judiciais, considerou que a concentração dos processos criminais pela Justiça Militar teria violado as exigências do juízo competente, independente e imparcial. Isso porque, além de estar subordinada ao Poder Executivo, a Justiça Militar era composta por juízes que ainda integravam, ativamente, as Forças Armadas, o que afastaria a capacidade para proferirem um julgamento independente e imparcial.⁷⁴ Lembrando ainda o precedente do caso *Almonacid*, a Corte IDH afirmou a natureza excepcional da competência da Justiça Militar especialmente em um Estado de Direito. Dessa forma, a ampliação de uma competência que, por natureza deveria ser restritiva, importaria, além da violação da garantia do juiz natural, o descumprimento da cláusula do devido processo.⁷⁵

Ao enfrentar diretamente a problemática relacionada com a coisa julgada, a Corte IDH, invocando uma vez mais o precedente do caso *Almonacid*, afastou a aplicabilidade do princípio *ne bis in idem* em duas situações: a) quando o processo, conduzido no plano doméstico, tiver subtraído o acusado de sua responsabilidade penal ou b) quando o processo não tiver sido conduzido por um juízo independente e imparcial. Em circunstâncias que tais, prosseguiu a Corte IDH, a sentença proferida produz a chamada “coisa julgada aparente” ou a “coisa julgada fraudulenta”.⁷⁶

Dessa forma, dentre as várias obrigações impostas pela Corte IDH ao Estado Peruano restaram a determinação de investigação dos fatos criminosos, a identificação dos responsáveis e o julgamento de todos os envolvidos nos crimes cometidos em La Cantuta. Desde logo, a Corte IDH impediu qualquer possibilidade de que as autoridades peruanas invocassem a prescrição, a irretroatividade da lei penal e o princípio *ne bis in idem*⁷⁷ como obstáculos às punições. Determinou, por fim, a abertura de investigações contra quem foi investigado, condenado ou mesmo absolvido nos processos militares.

⁷³ Partindo dessa premissa, a Corte IDH considerou que da obrigação geral de proteção dos direitos humanos (art. 1.1) advém ao Estado a obrigação de investigar todos os casos de violações, o que gera a obrigação de promoção de persecuções que tramitem sem dilações indevidas e que sejam conduzidas de maneira efetiva e de forma imparcial (Cf. § 110).

⁷⁴ Conferir o § 141.

⁷⁵ Conferir o § 142.

⁷⁶ Conferir o § 153.

⁷⁷ Conferir o § 226.

Em realidade, foi a declaração de voto do juiz Sergio Garcia Ramírez que melhor expôs o raciocínio da Corte quanto à relativização da coisa julgada e do princípio do *ne bis in idem*. De fato, para o juiz, muito embora tais valores sejam importantes para a perspectiva da segurança e da estabilidade das relações jurídicas, não podem prosperar nas situações em que o julgamento for resultante de um processo marcado pelo desrespeito ao devido processo. Nesse aspecto, lembrou o repúdio expressado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Penal Internacional aos processos cujo propósito ou resultado tenha sido o de consagrar a injustiça.⁷⁸

2.2.5. Caso Escher e outros contra Brasil (6 de julho de 2009)⁷⁹

A violação do direito à privacidade das comunicações telefônicas e o sigilo do material colhido no âmbito de investigações criminais constituíram o cerne da discussão do presente caso.

Sob argumento de que interceptações telefônicas seriam necessárias para apurar os desvios de recursos financeiros do Programa Nacional de Agricultura Familiar (PRONAF) por parte de representantes da Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (COANA) e da Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (ADECON), a Polícia Militar do estado do Paraná formulou o respectivo pedido perante o juízo da Vara de Loanda, no mesmo estado. A medida foi deferida sem qualquer fundamentação e independentemente de notificação do Ministério Público.

Mesmo sob o amparo do sigilo judicial, fragmentos dos diálogos interceptados foram reproduzidos em noticiário televisivo de grande audiência e de alcance nacional. Não obstante, no dia seguinte, o ex-secretário da Segurança Pública do estado do Paraná, em uma entrevista coletiva, além de oferecer explicações sobre as medidas adotadas, reproduziu o áudio de algumas conversas interceptadas e, por meio de sua assessoria

⁷⁸ “El derecho internacional de los derechos humanos en la hora actual, así como el Derecho penal internacional, reprueban la simulación de enjuiciamientos cuyo propósito o resultado se distancia de la justicia y pretende un objetivo contrario al fin para el que han sido dispuestos: injusticia, oculta entre los pliegues de un proceso ‘a modo’, celebrado bajo el signo del prejuicio y comprometido con la impunidad o el atropello. De ahí que la justicia internacional sobre derechos humanos no se conforme necesariamente con la última decisión interna que analiza la violación de un derecho (y autoriza o permite que subsista la violación y persista el daño hecho a la víctima), y de ahí que la justicia penal internacional se rehúse a convalidar las decisiones de instancias penales domésticas que no pueden o no quieren hacer justicia)” (Conferir o § 12 das razões do voto).

⁷⁹ Disponível em <www.corteidh.or.cr> (10.6.2010).

de imprensa, entregou aos jornalistas material com trechos transcritos dos diálogos interceptados.⁸⁰

Em 19 de agosto de 1999, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST) e a Comissão Pastoral da Terra (CPT) apresentaram ao Ministério Público uma representação criminal contra o ex-secretário de Segurança Pública, a juíza da comarca de Loanda e os policiais militares responsáveis pela formulação do pedido de interceptação telefônica objetivando a apuração dos crimes de usurpação de função pública, interceptação telefônica ilegal e abuso de autoridade. Por força da competência por prerrogativa de função de que gozava a autoridade judiciária, o requerimento foi encaminhado ao TJ/PR, onde foi instaurada investigação criminal (n. 82.516-5).

Por acórdão datado de 06 de outubro de 2000 foi ordenado o arquivamento da investigação contra a juíza e os demais policiais apontados. Dessa forma, rompido o elo que fixava a competência originária do TJ/PR, os autos foram encaminhados ao primeiro grau de jurisdição onde foi apresentada denúncia contra o ex-secretário de Segurança Pública perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Curitiba.⁸¹ Ao final do processo, foi ele condenado à pena de multa além da pena de dois anos e quatro meses de reclusão a qual foi substituída pela prestação de serviços à comunidade. Inconformado, o ex-secretário interpôs recurso de apelação que foi julgado pelo TJ/PR em 14 de outubro de 2004 quando o réu foi absolvido sob fundamento de que o “apelante não quebrou o sigilo dos dados obtidos pela interceptação telefônica, uma vez que não se pode quebrar [...] o sigilo de dados que já haviam sido divulgados no dia anterior em rede de televisão”.⁸²

Ao examinar o mérito do caso, a Corte IDH reconheceu, à luz da legislação brasileira, que caberia exclusivamente à Polícia Civil, e não à Polícia Militar, a apresentação de pedido de interceptação telefônica, dada a natureza dos crimes investigados.⁸³ Ademais, a Corte IDH reconheceu a carência de suficiente motivação na decisão judicial que autorizou a medida, o que não seria admissível em razão da restrição de direitos humanos que o ato implicou.⁸⁴

Relativamente à divulgação do conteúdo das conversas interceptadas e gravadas, a Corte IDH concluiu que o ex-secretário não teria se limitado a comentar a matéria que teria sido divulgada no noticiário televisivo, mas teria levado ao conhecimento da

⁸⁰ Conferir o § 95.

⁸¹ Conferir o § 105.

⁸² Conferir o § 106.

⁸³ Conferir o § 136.

⁸⁴ Conferir o § 139.

imprensa trechos de gravações que, por sua vez, alimentaram novas matérias jornalísticas.⁸⁵ Nesse aspecto, a Corte considerou configurada a violação da vida privada e da honra dos interlocutores, uma vez que o segredo de justiça que orbitava sobre as conversas telefônicas impunha o dever de respeito por parte dos agentes de Estado.⁸⁶

Ao examinar as medidas judiciais adotadas pelo Estado brasileiro para apuração das responsabilidades, a Corte IDH reputou insuficientes os fundamentos adotados pelo TJ/PR quando da absolvição do ex-secretário de segurança sem que tivesse à disposição as fitas com as reportagens exibidas pelo noticiário televisivo que permitissem estabelecer uma comparação entre o material divulgado pela imprensa e aquele apresentado pelo secretário a fim de se concluir pela violação ou não do sigilo. Dessa forma, a Corte IDH determinou que o Estado realizasse novas investigações para a apuração das responsabilidades penais o que, na prática, levaria à reabertura de novas persecuções a despeito da absolvição já transitada em julgado.

Relativamente à conduta da juíza estadual que, imotivadamente, decretara a interceptação das comunicações telefônicas, a Corte IDH também reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro, por violação aos arts. 8 e 25 da Convenção, quando do arquivamento imotivado do procedimento apuratório de sua responsabilidade funcional. No entanto, considerou que a publicação da decisão da Corte e a condenação à indenização dos danos imateriais já seriam reparações suficientes e que prescindiriam da adoção de outras medidas.

3. Exame crítico da jurisprudência da Corte IDH

A Convenção Americana, como se sabe, abraça a regra do *ne bis in idem*, assegurando, dessa forma, a intangibilidade dos efeitos da sentença penal absolutória passada em julgado.⁸⁷ O princípio, que se reveste de verdadeira garantia na gramática da Convenção, impede a instauração de sucessivas persecuções penais nas hipóteses em que o Estado fracassa na tentativa de delimitar a culpabilidade de alguém. A garantia representa, portanto, vigoroso aceno em favor da liberdade pessoal. É justamente o

⁸⁵ Conferir o § 156.

⁸⁶ Conferir o § 158.

⁸⁷ Artigo 8.4.

valor liberdade que permite, a *contrario sensu*, a revisão dos comandos condenatórios transitados em julgado. Aqui os interesses da justiça e da liberdade prevalecem sobre os valores ligados à segurança das relações jurídicas. Trata-se de uma concepção moderna e que está presente na maioria dos sistemas jurídicos.⁸⁸

Ao interpretar o sentido e o alcance da garantia, a Corte IDH reconheceu a maior abrangência da fórmula prevista pelo sistema americano, sobretudo quando comparada com previsões análogas em outros documentos internacionais. Isso porque a proibição de dupla persecução estaria fundada na identidade fática e não na identidade jurídica, de modo que qualquer análise sobre a questão deveria passar necessariamente pelo confronto das narrativas acusatórias, ao invés de se fundar em uma comparação dos tipos penais imputados. Dessa forma, segundo a Corte IDH o modelo americano seria mais eficaz na perspectiva de tutela dos direitos humanos, o que seria revelador da ideologia de consagração da supremacia das liberdades individuais frente ao poder-dever punitivo estatal.

Tomando tais premissas, soa lógica, em certa medida, a solução dada ao caso *Loayza Tamayo*. Como órgão jurisdicional voltado à consagração dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos, natural que a Corte IDH busque o caminho e a solução que levem à maior efetividade dos direitos e garantias previstos na Convenção Americana. Seguramente foram estas as premissas ideológicas que justificaram a importância dada à expressão “absolvição” que tinha sido empregada pelas autoridades judiciais peruanas.

A garantia, contudo, não tem um fundamento absoluto. E é a própria Corte IDH quem passa tal mensagem. É curioso observar, no entanto, que os casos em que a garantia foi restringida foram consideravelmente mais numerosos do que aqueles em que se pretendeu conferir-lhe maior efetividade. De fato, à exceção do caso *Loayza Tamayo*, em todos os demais a preocupação da Corte IDH voltou-se para o estabelecimento de restrições à regra da proibição da dupla persecução. A constatação é no mínimo instigante. Afinal, em um continente cuja cultura jurídica é marcada pela presença de sistemas processuais penais fortes a expectativa poderia ser justamente a inversa, ou seja, de maior procura pela responsabilização dos Estados pelo descumprimento da regra do *ne bis in idem*.

Ocorre que na grande maioria dos casos a restrição da regra do *ne bis in idem* foi um dos mecanismos encontrados para viabilizar a punição de agentes responsáveis pela

⁸⁸ Juan Carlos Hitters: *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata: Librería Platense, 1977. O PIDCP estende a regra, também, às sentenças condenatórias. Veja-se, a propósito, o disposto no artigo 14.7: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos de cada país”.

prática de crimes contra a humanidade, tais como a tortura, o desaparecimento forçado de pessoas e as execuções sumárias. Nesse aspecto, há um claro alinhamento da jurisprudência da Corte IDH com os princípios do Direito Penal Internacional, de modo que os obstáculos à obtenção da Justiça devem ser superados, sob pena de se sacramentar uma intolerável impunidade.

Dir-se-á que a restrição da regra do *ne bis in idem* é informada, então, pela defesa de valores superiores, o que nos remete à aplicação do princípio da proporcionalidade. Este, contudo, não foi referido pela Corte IDH, ao menos expressamente. Mas o raciocínio claramente pressupõe um confronto de valores com a escolha por aquele que se mostra preponderante. Dito de outra forma: os ataques aos direitos humanos legitimam a restrição de outros direitos humanos como forma de se assegurar o respeito aos primeiros e que, portanto, estariam em uma relação de superioridade frente aos últimos.

É fato incontroverso, no entanto, que qualquer restrição de direitos humanos haveria de ser feita mediante o atendimento de rigorosas premissas de modo que a situação não extrapolasse o limite da mais absoluta excepcionalidade. Daí a necessidade de uma clara delimitação das hipóteses em que a restrição se afiguraria, em tese, legítima. A gravidade da situação que se pretende resguardar, por exemplo, poderia representar uma premissa admissível, desde que claramente definidos os seus pressupostos e as suas características. A ausência de uma sistematização com a delimitação de todas as condições deixaria o campo permeável a subjetivismos e a relativismos, os quais seriam preenchidos com uma considerável dose de autoritarismo.

Dos casos examinados é possível reconhecer, à exceção do caso *Escher contra Brasil*, que todos tiveram como pano de fundo um contexto relacionado com a prática de condutas criminosas graves na perspectiva do Direito Penal Internacional. De fato, foram as execuções sumárias nos casos *Carpio Nicolle* e *Almonacid Arellano*, o desaparecimento forçado de pessoas e novamente as execuções sumárias no caso *La Cantuta*, e o emprego de tortura e os tratamentos cruéis de presos no caso *Gutiérrez Soler*. Este último, é certo, não estava inserido em um contexto de práticas sistemáticas e maciças de violações de direitos humanos, o qual, como se sabe, constitui elemento descritivo do tipo penal dos crimes contra a humanidade.⁸⁹

⁸⁹ Ao definir os crimes contra a humanidade, o ER, prevê uma série de condutas, tais como o homicídio, o extermínio, a escravidão, a tortura, a agressão sexual, entre outras, desde que inseridas em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra qualquer população civil (artigo 7.1). Lembrando a jurisprudência construída pelos Tribunais Ad-hoc, Kai Ambos aponta para a existência de uma política previamente construída de perseguição e de extermínio como o critério genuíno de interpretação do "ataque sistemático". Já o critério da generalidade, relaciona-se com a dimensão dos ataques, o que levaria a questão para a quantidade de vítimas.

De qualquer modo, em todas as situações mencionadas é possível delinear uma preocupação com o resguardo de valores essenciais da existência humana, tais como a vida, a liberdade e a integridade física. Já no caso *Escher*, contudo, a restrição da garantia do *ne bis in idem* teve como ponto de partida a punição dos agentes responsáveis pela divulgação de dados sigilosos obtidos no curso de uma interceptação telefônica. O valor, portanto, era outro: o resguardo do direito à privacidade e à intimidade. Nesse cenário, o caso *Escher* rompe com certa lógica que até então era seguida pelos casos anteriores. De fato, com ele se abriu o caminho para que a violação de outros direitos humanos justificasse a adoção de um regime jurídico punitivo mais rigoroso, em que a relativização da regra do *ne bis in idem* seria, em princípio, admissível. Há aqui uma clara ampliação do que deveria ser, em princípio, uma situação excepcional.

Mas quais são os requisitos para que se admita a relativização da garantia do *ne bis in idem*? A resposta não é tão simples, ao menos quando se examina a jurisprudência da Corte IDH.

No primeiro caso julgado, *Carpio Nicolle*, a Corte, embora tenha feito referência à “coisa julgada fraudulenta”, limitou-se a associá-la ao desrespeito das regras do devido processo legal e da violação da independência e da imparcialidade dos juízes. Tais aspectos, contudo, são consideravelmente abertos e exigiriam uma maior delimitação. Por sorte, naquele caso restaram mais do que evidentes os obstáculos ao sucesso das investigações conduzidas pelas autoridades nacionais, diante dos reiterados extravios de meios de prova ocorridos durante as investigações conduzidas no plano interno.

As mesmas referências genéricas de desrespeito ao devido processo legal como padrão configurador da “coisa julgada fraudulenta” foram repetidas no ano seguinte quando do julgamento do caso *Gutiérrez*. A diferença é que neste último o juiz Sergio Garcia, em voto separado, delineou as situações que levariam à desconsideração da coisa julgada, o que trouxe um pouco mais de objetividade à questão. Daí a referência aos erros no julgamento, quando ausentes razões plausíveis para tanto, ou mesmo à atuação ilegal ou ilegítima do julgador na condução do processo.

Entretanto, a inclusão do chamado “erro no julgamento” como um suposto parâmetro legitimador da desconsideração da coisa julgada e, por consequência, da garantia do *ne bis in idem*, necessariamente pressupõe uma valoração do próprio julgamento realizado pelas autoridades judiciárias nacionais. Ocorre que este tipo de valoração quanto

Kai Ambos: *Los crímenes del nuevo derecho penal internaciona*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004, pp. 132-136. Em sentido semelhante, ver: Antonio Cassese: *International criminal law*, New York: Oxford, 2003, p. 64-66.

ao acerto ou desacerto de decisões judiciais internas se mostra estranha à atuação de uma corte internacional de direitos, até mesmo porque não desempenha ela a função integrante do duplo grau de jurisdição.⁹⁰

Já quando do julgamento do caso *Almonacid*, embora a Corte tenha indicado os parâmetros necessários para a relativização da garantia do *ne bis in idem*, não avançou muito em termos de precisão das situações, limitando-se, novamente, a fixar linhas orientadoras que na verdade simplesmente repetem aquelas já conhecidas no Direito Penal Internacional, isto é: a absolvição ou a extinção do processo como expressões da vontade de subtrair os agentes de sua responsabilidade penal; a ausência de independência e imparcialidade na condução do processo; o desrespeito à cláusula do devido processo legal, e, finalmente, quando configurada a vontade de não submeter os responsáveis à ação da Justiça.⁹¹

Da leitura do julgamento proferido no caso *Almonacid*, percebe-se que a violação da garantia do juiz natural, representada pelo processamento das ações penais no âmbito da Justiça Militar chilena, foi considerada suficiente pela Corte para reconhecer a violação do devido processo legal e dos pressupostos de imparcialidade e independência do julgador. A não ser, contudo, em relação à problemática da competência de jurisdição, o fato é que a Corte não indicou dados concretos que levassem às graves presunções de violação da imparcialidade e da independência dos julgadores nacionais. Aliás, a Corte sequer levou em consideração as discussões estabelecidas no seio da jurisdição chilena e no contexto de plena vigência de regime democrático, quanto à delimitação da competência para o processamento e julgamento dos casos. Em realidade, ao discordar dos critérios estabelecidos pelo Estado chileno para a delimitação da competência de sua Justiça Militar, a Corte IDH não só fixou um parâmetro de competência jurisdicional para vigência interna, mas também desqualificou os atos processuais realizados ao reconhecer presente a violação da independência e da imparcialidade. No entanto, além de confundir os atributos da jurisdição com a medida de seu exercício, a Corte sequer

⁹⁰ O duplo grau de jurisdição prende-se ao ideal de aperfeiçoamento do exercício da atividade jurisdicional propiciado pela perspectiva de revisão de decisões por parte de órgãos superiores de jurisdição e que, em tese, seriam mais experientes. Salvatore Satta: *Diritto processuale civile*, 7. ed., Padova: Cedam, 1967, p. 367. Há, portanto, uma razão de utilidade prática que é dada pela busca de uma boa decisão da causa. Marco Tullio Zanzucchi: *Diritto processuale civile*, v. 1, 5. ed., Milão: Giuffrè, 1955, p. 214.

⁹¹ Nesse sentido, ver o artigo 17. 2 do ER.

procurou fixar as distinções entre a independência e a imparcialidade, tratando-as como atributos equiparáveis.⁹²

Em realidade, foi no caso *La Cantuta* que a Corte IDH fez um paralelo mais estreito entre a atuação da Justiça Militar e a violação das exigências da independência e da imparcialidade dos julgadores. Aqui, no entanto, a questão prevalente não passou pelo exame da incompetência. De fato, a Corte pautou-se por uma maior objetividade ao apontar a existência de uma subordinação entre a Justiça Militar e o Poder Executivo peruano, bem como o fato de aquela ser constituída por juízes que ainda integravam ativamente as Forças Armadas. Tais aspectos foram apontados pela Corte IDH como determinantes do afastamento da independência e da imparcialidade dos julgadores, o que permitiria a superação da coisa julgada e da garantia do *ne bis in idem*.

Mas, é o caso *Escher vs Brasil* que melhor ilustra a ausência de limites mais estreitos na relativização da garantia do *ne bis in idem* por parte da Corte IDH. De um lado, porque o interesse que se procurou resguardar estava ligado à preservação da privacidade e da intimidade. Não envolvia, portanto, a exemplo dos casos anteriores, um confronto com os direitos à vida, à liberdade e à integridade física. Afinal, a questão central relacionava-se com a divulgação, por autoridade pública, de conversas telefônicas que estavam acobertadas pelo sigilo em razão de investigação de natureza criminal. Na hipótese, a Corte manifestamente valorou a decisão absolutória proferida pelo TJ/PR, afirmando que a convicção dos julgadores teria sido construída sem que fosse realizada prova que foi reputada essencial pela própria Corte. Nessa dimensão, a Corte extrapolou os limites do exercício de sua função. Não se limitou a apontar as violações aos direitos humanos consagrados na Convenção. Foi mais além: valorou o contexto probatório obtido e colhido em processo penal interno, considerando insuficientes aquelas provas de que se teriam valido os juízes nacionais.

A despeito das imprecisões e deficiências de fundo e de forma, encontradas nas decisões analisadas neste trabalho, é especialmente preocupante a constatação de dois

⁹² São mais do que conhecidas as distinções entre independência e imparcialidade. A independência compreende um conjunto de premissas e de garantias que resguardam o Poder Judiciário das pressões externas, sobretudo aquelas de natureza política. Tomam por base a própria premissa de separação e de divisão de poderes do Estado. A imparcialidade, por seu turno, pressupõe um desinteresse subjetivo do julgador. Juan Montero Aroca: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valença: Tirant lo Blanch, 1999, p. 186 e Arturo Hoyo: *El debido proceso*, Bogotá: Temis, 1998, p. 68. Ou seja, deve o juiz atuar como um sujeito equidistante e desapaixonado. Piero Calamandrei: *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliografica Argentina, 1945, p. 27. Há certo consenso em se considerar a imparcialidade como um atributo presumível. Ou seja, a equidistância seria presumida até o momento em que fossem configuradas causas objetivas que a colocassem em dúvida.

fatores: por um lado, a declaração da Corte IDH, no caso *Almonacid*, de que uma sentença absolutória genuína, ou seja, promulgada em condições normais de um Estado parte, perde o atributo da coisa julgada quando presentes novos fatos ou provas contra o liberado.⁹³ Por outro, que a relativização da regra da coisa julgada e da garantia do *ne bis in idem* extrapolaram o âmbito cerrado dos crimes contra a humanidade e que, via de regra, são praticados em um contexto de suspensão do Estado de Direito e posteriormente acobertados por autoanistias ou por processos conduzidos por juízos de exceção. De fato, aqui a relativização daquelas garantias alcançou situação em que os delitos foram cometidos em pleno contexto democrático, sem que o fato sequer pudesse ser equiparado a um crime contra a humanidade. É, reitere-se, o ocorrido no caso *Escher*. A relativização, que deveria estar circunscrita a um campo estreito de excepcionalidade, alça voos mais distantes, colocando em xeque a atuação de instituições nacionais que funcionam em pleno vigor democrático.

4 • Conclusões

1. A proibição da dupla persecução penal, consagrada pela expressão *ne bis in idem*, constitui princípio de maior grandeza e que informa todos os sistemas jurídicos alimentados pelos valores do Estado de Direito. Ou seja, o espaço irreduzível da liberdade não se harmoniza com um estado de insegurança representado pela mera possibilidade de instauração de sucessivas ações penais contra a mesma pessoa e pelos mesmos fatos.

2. A efetividade do princípio é assegurada com a proibição da litispendência e também com a previsão da coisa julgada. Pela primeira, impede-se a instauração de novas ações quando ainda pendente de julgamento uma ação pelos mesmos fatos. Já a segunda é a grande expressão do resguardo da estabilidade das relações jurídicas. A atividade jurisdicional há de ter um fim. Nessa perspectiva, a coisa julgada confere a qualidade de imutabilidade das sentenças proferidas.

3. Há sistemas, contudo, que reconhecem a coisa julgada tão somente das sentenças absolutórias, permitindo a constante revisão das sentenças condenatórias quando evidenciado o erro e, portanto, a injustiça do julgamento. São, portanto, sistemas que assumem a primazia dos valores da liberdade e da justiça frente à estabilidade das decisões

⁹³ Também perplexo, Silva Sanchez chama a atenção para a aplicação de semelhante posicionamento de cortes superiores nacionais, em que se superam os limites constitucionais da garantia da coisa julgada, bem como do princípio *ne bis in idem*. Jesús María Silva Sanchez, o. cit. n. 15, p. 39.

judiciais. Nessa perspectiva, a manutenção de uma absolvição errônea seria mais tolerável do que a de uma condenação injusta. Foi esta a opção feita pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos.

4. Ao ser provocada para decidir importantes questões relacionadas com o desrespeito de direitos humanos, a Corte IDH manifestou incongruências no tratamento dado à garantia do *ne bis in idem*. De fato, os casos em que tal garantia foi relativizada foram consideravelmente superiores, se comparados com aqueles em que a Corte afirmou a sua aplicação. E, por mais que se tenha reconhecido o valor da garantia, as relativizações feitas foram pautadas por subjetivismos, que não se harmonizam com a condição da excepcionalidade.

5. Realmente, na maioria dos casos examinados, os fatos que serviram de pano de fundo para a relativização do *ne bis in idem* estavam relacionados com graves violações de direitos humanos que tinham sido praticadas em um contexto de abusos sistemáticos das liberdades individuais. Foram, portanto, situações de emprego de tortura, desaparecimento forçado de pessoas e execuções sumárias. Todas as situações configurariam graves crimes na perspectiva do Direito Penal Internacional e, portanto, poderiam admitir uma relativização daquela garantia.

6. A coerência, contudo, é rompida no caso *Escher*. Com efeito, ao determinar a reabertura de investigações sobre fato que já tinha sido definitivamente julgado, a Corte IDH não manteve a mesma lógica, pois tomou por base uma situação de desrespeito à privacidade. Ou seja, a hipótese não se subsumiria a qualquer um dos *core crimes* reconhecidos pelo Direito Penal Internacional.

7. A falta de cuidado no tratamento das relativizações feitas pela Corte IDH também é constatada quando são examinadas as circunstâncias geralmente invocadas pela Corte. A alusão à violação da independência, da imparcialidade e do devido processo legal e a constatação da falta de vontade das autoridades nacionais em responsabilizarem os agentes, na grande maioria dos casos estudados, permaneceram abertas e, portanto, suscetíveis a subjetivismos. Salvo algumas exceções em que o comprometimento da independência judicial foi reconhecido em bases mais objetivas (*La Cantuta*) e a negligência na preservação do material probatório foi escancarada (*Carpio Nicolle*), nos demais casos prevaleceu uma boa dose de subjetivismo a qual não se harmoniza com a importância do princípio do *ne bis in idem*. Afinal, impedir as sucessivas perseguições penais sobre os mesmos fatos é, inegavelmente, um dos elementos nucleares do resguardo da dignidade humana.

5. Bibliografia

- AMBOS, Kai: *Los crímenes del nuevo derecho penal internacional*, Bogotá: Gustavo Ibáñez, 2004.
- AROCA, Juan Montero: *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Valença: Tirant lo Blanch, 1999.
- CALAMANDREI, Piero: *Estudios sobre el proceso civil*, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945.
- CASSESE, Antonio: *International criminal law*, Oxford: Nova York, 2003.
- GARRIDO, Manuel: “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de la aplicación de la Convención Americana sobre derechos humanos. La cuestión de la cosa juzgada”, em *Revista Argentina de derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-hoc, ano 1, n. 0, 2001, p. 153-174.
- GRINOVER, Ada Pellegrini: “Eficácia e autoridade da sentença penal”, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1978.
- HITTERS, Juan Carlos: *Revisión de la cosa juzgada*, La Plata: Librería Platense, 1977.
- HOYOS, Arturo: *El debido proceso*, Bogotá: Temis, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*, 2. ed., Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- MAIER, Julio: “Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (ne bis in idem)”, em *Doctrina penal*, ano 9, n. 33, Buenos Aires: Depalma, , 1986, p.415-461.
- PRADEL, Jean: *Droit penal*, T. II, 2 ed., Paris: Cujas, 1980
- SANTOS, Andrés de la Oliva: *Sobre la cosa juzgada*, Madri: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991.
- SATTA, Salvatore: *Diritto processuale civile*. 7. ed., Padova: Cedam, 1967.
- SILVA SANCHEZ, Jesús Maria: “Una crítica a las doctrinas penales de la ‘lucha contra la impunidad’ y del ‘derecho de la víctima al castigo del autor’”, em *Revista de estudios de la justicia*. n. 11, Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile, Santiago, 2009, p. 35-56.
- ZANZUCCHI, Marco Tullio: *Diritto processuale civile*, v. 1, 5. ed., Milão: Giuffrè, 1955.

ACERCA DE LA PRETENDIDA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS TRIBUNALES JUDICIALES NACIONALES

Ezequiel Malarino

RESUMEN. El trabajo examina la cuestión de si los tribunales judiciales nacionales tienen un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos al decidir los procesos internos. En primer lugar, analiza si existe un deber semejante de derecho internacional y concluye que tal deber no puede apoyarse en la Convención Americana de Derechos Humanos y que el intento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fundar la obligatoriedad de su jurisprudencia a través de la doctrina del control de convencionalidad (*Almonacid Arellano*) también fracasa. En segundo lugar, examina y rechaza que pueda fundarse un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos en el derecho argentino. Luego de discutir y rechazar la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Mazzeo*), examina y también rechaza que ese deber pueda fundarse en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional (*Giroldi, Bramajo*). Por último, el trabajo analiza si es posible fundar en el ordenamiento jurídico argentino un deber de tener en cuenta tal jurisprudencia, sin obligación de seguirla (*Acosta*), y, en caso de que dicho deber fuera afirmado, presenta un modelo de examen de cuatro niveles para controlar racionalmente el cumplimiento de ese deber.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, control de convencionalidad, control jurisdiccional, jurisprudencia, Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob nationale Gerichte verpflichtet sind, bei Entscheidungen in Verfahren im Land der Rechtsprechung der Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte zu folgen. Zunächst untersucht er, ob es eine solche völkerrechtliche Verpflichtung gibt, und kommt zu dem Schluss, dass ein solches

Gebot nicht aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention abgeleitet werden kann und dass der Versuch des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, den verpflichtenden Charakter seiner Rechtsprechung mit der Doktrin von der Kontrolle der Vertragskonformität (*Almonacid Arellano*) zu begründen, ebenfalls fehlschlägt. An zweiter Stelle prüft er, ob sich eine Verpflichtung, der Rechtsprechung der interamerikanischen Organe zu folgen, aus dem argentinischen Recht ableiten lässt, was ebenfalls verworfen wird. Nach der Diskussion und Ablehnung der Übernahme der Doktrin von der Kontrolle der Vertragskonformität durch den Obersten Gerichtshof der Nation (*Mazzeo*) wird geprüft, ob diese Verpflichtung mit Art. 75 (22) Abs. 2 der argentinischen Verfassung (*Giroldi, Bramajo*) zu begründen ist; auch dieser Ansatz wird verworfen. Zuletzt analysiert der Beitrag die Möglichkeit, eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der genannten Rechtsprechung ohne obligatorische Anwendung (*Acosta*) aus der argentinischen Rechtsordnung zu begründen, und stellt für den Fall, dass eine solche Verpflichtung anerkannt würde, ein Prüfmodell in vier Stufen zur rationalen Kontrolle der Umsetzung dieser Verpflichtung vor.

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Kontrolle der Vertragskonformität, gerichtliche Kontrolle, Rechtsprechung, Argentinien.

ABSTRACT. This work examines the issue of whether national courts are under the obligation to follow the case law of the bodies that comprise the Inter-American system for protection of human rights when they decide cases in the national sphere. First, it discusses the possibility of an obligation based on international law and concludes that such an obligation does not derive from the Inter-American Convention on Human Rights and that the Inter-American Court's attempt to impose its case law through the doctrine of conventionality control (*Almonacid Arellano*) has also failed. Second, it analyses and refutes the possibility that the obligation of following the case law of the Inter-American bodies may be based on Argentine law. After discussing and refuting the acceptance of the conventionality control doctrine by the Supreme Court of Argentina (*Mazzeo*), it examines and also refutes the possibility that the obligation may be based on Article 75, subsection 22, second paragraph, of the National Constitution (*Giroldi, Bramajo*). Finally, the article considers the possibility of finding that the Argentine legal system establishes a duty of taking those decisions into account but not the obligation of following them (*Acosta*), and, if this were the case, it offers a four-tier examination model for monitoring compliance of such a duty.

Keywords: international human rights law, conventionality control, jurisdictional control, case law, Argentina.

1. En este trabajo me ocuparé de la cuestión de si los tribunales judiciales nacionales tienen una obligación de seguir la *jurisprudencia* de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos al decidir los procesos internos. Analizaré esta cuestión tanto desde el punto de vista del sistema jurídico interamericano como del sistema jurídico argentino. Esta doble perspectiva se debe, por un lado, a que la CADH no solo es fuente de obligaciones de derecho internacional para el Estado argentino, sino que también integra el ordenamiento jurídico constitucional argentino y es fuente de obligaciones de derecho interno para las autoridades estatales. De acuerdo con los artículos 31, 75 inciso 22 segundo párrafo y 116 CN, la CADH es parte del derecho federal constitucional y derecho aplicable por los jueces nacionales en los procesos judiciales internos. Asimismo, esta doble perspectiva tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico interno puede establecer un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano o de alguno de ellos, allí donde este no lo exige, y, en general, que los argumentos para fundar o rechazar un deber semejante pueden surgir de manera diferente en el derecho interamericano y en el derecho interno, porque, si bien un deber de derecho internacional puede fundamentarse con independencia de lo que disponga el ordenamiento jurídico de un Estado, el fundamento de un deber de derecho interno exige tener en cuenta otras disposiciones del ordenamiento jurídico estatal. Por ello, esta distinción también permite ver qué es lo que exige el derecho interamericano para todos los Estados partes y, por lo tanto, cuándo el no seguimiento de la jurisprudencia de los órganos interamericanos puede generar responsabilidad internacional del Estado, y qué es lo que exige al respecto el ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, cuándo el no seguimiento de esa jurisprudencia puede generar algún tipo de consecuencia interna. La distinción aquí propuesta tiene en cuenta, en fin, que un quebrantamiento del derecho internacional no necesariamente supone un quebrantamiento del derecho interno, y viceversa.

Comenzaré por la pregunta acerca de la existencia de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano (puntos 2 y 3) y luego analizaré esta cuestión desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno argentino (puntos 4 a 8). Finalmente, me referiré a qué podría alegarse a favor de un deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos en el ordenamiento jurídico argentino y esbozaré una suerte de *test* para controlar racionalmente ese deber, en el caso de que fuera afirmado (puntos 9 y 10).

2. Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH

o en los informes de la Com IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que “[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes”, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutoria de la sentencia o resolución de la Corte IDH.¹ Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.

3. Sin embargo, la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la *doctrina del control de convencionalidad*. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben 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”.² De este modo, parámetro para la determinación de la “convencionalidad” de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia

¹ El texto del artículo 68.1 habla de “cumplir la decisión” y, por ello, indudablemente se refiere a lo ordenado por la Corte IDH y no a los fundamentos por los cuales se lo ordena, pues estos no pueden ser cumplidos. El artículo 68.2, al establecer un régimen jurídico especial respecto de uno de los contenidos posibles de la parte dispositiva, le da un respaldo sistemático a esta conclusión. Así, es posible concluir que el artículo 68 en sus dos apartados regula las obligaciones de los Estados en relación con la parte dispositiva de las sentencias de la Corte IDH. Mientras el artículo 68.1 establece que lo ordenado por la Corte IDH debe ser cumplido por los Estados partes (obviamente en los casos previstos en esa disposición), el artículo 68.2 dispone que cuando lo ordenado es una indemnización, su pago podrá ser ejecutado ante los tribunales del Estado condenado.

² Cf., entre otras, Corte IDH, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26.9.2006, § 124: “La Corte 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 a ella, lo que les obliga a velar porque 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”.

de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria.³ Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es “intérprete última de la Convención Americana”. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non muovere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso.

4. En lo que sigue me propongo analizar si es posible fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Com IDH o de la Corte IDH para los tribunales nacionales con argumentos del derecho interno argentino. En principio, el derecho legislado (incluido el nivel constitucional) no establece expresamente que los tribunales locales deban seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos al aplicar la CADH en asuntos internos. Sin embargo, la CSJN en el caso *Giroldi* estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH,⁴ en el caso *Bramajo* extendió esa doctrina a la jurisprudencia de la Com IDH⁵ y, finalmente, en el caso *Mazzeo* adoptó la *doctrina del control de convencionalidad* que, como recién vimos, intenta fundamentar un deber de las autoridades

³ Cf. PGN, dictamen *Acosta*, del 10.3.2010 (SC A 93; L. XLV), punto V.

⁴ CSJN, sentencia *Giroldi*, del 7.4.1995 (*Fallos* 318:514), considerando 11.

⁵ CSJN, sentencia *Mazzeo*, del 13.7.2007 (*Fallos* 330:3248), considerando 21.

judiciales estatales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.⁶ Me ocuparé primero de este último caso y luego, conjuntamente, de los dos primeros.

5. Ya vimos que el argumento en que se asienta la doctrina del control de convencionalidad incurre en una *petitio principii* y también vimos que ni el derecho legislado argentino ni la CADH (que también integra el ordenamiento jurídico argentino) establecen un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Ya con esto puede rechazarse la doctrina sentada en *Mazzeo*. La adopción de la doctrina del control de convencionalidad por la CSJN implica una autovinculación de esta misma Corte a un derecho que no forma parte del ordenamiento jurídico interno. Si bien la CADH es parte del ordenamiento jurídico argentino, la jurisprudencia de la Corte IDH no lo es, y, por lo tanto, aceptar que la CSJN pueda crear jurisprudencialmente un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH *sin un fundamento legal o constitucional* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes.⁷

Pero la doctrina sentada por la CSJN en *Mazzeo* es problemática también en otro sentido. Al hacer propio el argumento de la Corte IDH —que del hecho de que la Corte IDH tenga autoridad final para decidir un caso e interpretar la CADH en el proceso interamericano deriva un deber de seguir su jurisprudencia por los tribunales nacionales—, la CSJN no solo confunde —al igual que la Corte IDH— dos cuestiones conceptualmente distintas, a saber la del carácter definitivo de las decisiones de los tribunales de última instancia con la del carácter obligatorio de la jurisprudencia de esos tribunales para otros tribunales u órganos, sino que también confunde —y este defecto no puede atribuírsele en principio a la Corte IDH— quién es la autoridad final para decidir un caso e interpretar la CADH en los procesos interamericanos y quién lo es en los procesos judiciales internos. Que la Corte IDH tenga autoridad final y sea el último intérprete del derecho interamericano en un proceso internacional seguido contra un Estado parte por la presunta violación de una disposición de la CADH no significa que ella sea, además, el intérprete final de la CADH en los procesos internos. La Corte IDH no es la cabeza de las administraciones de justicia nacionales, ni siquiera en cuanto

⁶ Enseguida veremos que, a pesar de *Giroldi*, ese fundamento tampoco puede encontrarse en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo CN.

⁷ Críticamente sobre la tendencia de la Corte IDH a entrometerse en funciones judiciales, legislativas y administrativas del Estado, cf. Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Daniel Pastor (ed.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 47 ss.

respecta a la interpretación de la CADH, y tampoco existe una relación de jerarquía entre la Corte IDH y los tribunales estatales (al menos, esa relación no surge de la CADH, ni del derecho argentino).⁸ Dado que la CADH integra el derecho federal constitucional argentino, la CSJN es su último intérprete en los procesos judiciales internos (artículos 31, 108 y 116 CN).⁹ Dije que solo la CSJN —y no la Corte IDH— incurrió en esta confusión, porque mientras que el tribunal interamericano está autorizado a determinar qué debe hacer un Estado para no lesionar el derecho interamericano —y, por lo tanto, para no incurrir en responsabilidad internacional— *independientemente de lo que disponga el ordenamiento jurídico del Estado* (aunque en el caso concreto se haya equivocado en esta determinación), la CSJN no puede determinar qué deben hacer las autoridades judiciales *independientemente de lo que disponga el ordenamiento jurídico argentino*.

6. En el caso *Giroldi* la CSJN sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH. Toda la argumentación que la CSJN hace a favor de este deber se encuentra en el siguiente párrafo:¹⁰

Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, § 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia *deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. artículos 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2.°, ley 23054”).

Desde entonces, la CSJN reiteró esta doctrina en múltiples ocasiones y la extendió desde el caso *Bramajo*, como adelanté, también a la jurisprudencia de la Com IDH. Pese a que hoy en día es una doctrina consolidada —que sobrevivió incluso a varios cambios de composición del tribunal—, su alcance no es en absoluto claro. En particular, no es claro si la frase “*servir de guía*” establece una obligación de seguir la jurisprudencia

⁸ Cf. 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 del 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, en *Jura Gentium, Revista de filosofía del derecho internacional y de la política*, V (2009), 1, (<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/malarino.htm>), punto VIII.

⁹ CSJN, *Giroldi*, cit., considerando 11 (énfasis agregado).

¹⁰ Cf. PGN, dictamen *Carranza Latrubesse* (SC C. 554; L. XLIV.), punto VI.

de los órganos interamericanos (sentido fuerte) o tan solo una obligación de tenerla en consideración (sentido débil).¹¹ Si bien hasta ahora la CSJN no aclaró explícitamente en cuál de estos sentidos debe ser interpretada su doctrina, lo cierto es que al menos en un caso se encuentran varios pasajes explícitos en donde se sostiene que ella estaba obligada a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.¹²

En el párrafo transcrito más arriba, la CSJN parece ofrecer dos razonamientos en apoyo de la conclusión de que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de la CADH (para mayor claridad expositiva llamaré a uno *razonamiento A* y al otro *razonamiento B*). Aunque en ese párrafo la CSJN se refiere de manera explícita únicamente a la jurisprudencia de la Corte IDH en casos posteriores aclaró, como ya adelante, que esta doctrina es aplicable también a la jurisprudencia de la Com IDH y, por ello, en lo sucesivo analizaré la doctrina sentada en *Giroldi* con la aclaración hecha en *Bramajo*. Me voy a ocupar de estos razonamientos con el propósito de determinar si ellos pueden arrojar luz sobre el alcance de esta doctrina y si ellos realmente apoyan la conclusión de la CSJN.

7. El *razonamiento A* de la doctrina *Giroldi-Bramajo* se encuentra en la parte final del párrafo transcrito (a partir de la parte que dice “en la medida en que [...]”) y puede formularse del siguiente modo:

Dado que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH y de la Com IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (premisa), entonces la jurisprudencia de ese tribunal y de ese órgano debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conclusión).

Este razonamiento no es idóneo, sin embargo, para fundamentar un deber de *seguir* la jurisprudencia de los órganos interamericanos, porque el reconocimiento por el Estado argentino de la competencia de los órganos interamericanos significa que este país acepta la jurisdicción de esos órganos para conocer, en el marco de un procedimiento internacional, de todo caso en que se demande la violación por autoridades estatales de derechos o libertades garantizados en la CADH y decidir si en el caso concreto existe

¹¹ Así, CSJN, sentencia *Simón* del 14.6.2005 (*Fallos* 328:2056), especialmente considerando 14 del voto del juez Zaffaroni, considerando 25 del voto del juez Lorenzetti, considerando 24 del voto del juez Petracchi y considerando 29 del voto de la jueza Highton de Nolasco. Véanse referencias concretas en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., II.

¹² Más adelante mencionaré que con base en las disposiciones de la CADH relativas al proceso interamericano y a los órganos de control interamericanos, *a lo sumo* podría tratar de fundamentarse un deber débil de tener en consideración la jurisprudencia de esos órganos.

responsabilidad internacional del Estado argentino. Esa cuestión es completamente distinta e independiente a aquella de si los tribunales locales están obligados a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos al resolver los procesos internos. Por ello, puede decirse que la premisa no es lógicamente atinente a la verdad de la conclusión, esto es, no hay ninguna conexión entre la premisa y la conclusión. Ya hemos visto que, según el ordenamiento constitucional argentino, los tribunales nacionales son los intérpretes, y la CSJN es el último intérprete, del derecho federal (Constitución nacional, leyes nacionales y tratados internacionales) en los procesos judiciales internos (artículos 31, 108 y 116 CN). La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella.¹³

8. El *razonamiento B* se encuentra en la primera parte del texto citado y se compone de dos razonamientos en cadena, algunas de cuyas proposiciones no están enunciadas explícitamente (entimemas). Expondré estos razonamientos explicitando las partes omitidas. El *primer razonamiento* puede formularse como sigue:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (premisa), y dado que “en las condiciones de su vigencia” significa tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (conclusión).

Esto es así, porque si el elemento *a* tiene la propiedad *b*, y el elemento *b* es definido como equivalente a *c*, entonces el elemento *a* tiene la propiedad *c*. De este modo, si se afirma que “la CADH” (*a*) tiene la propiedad de regir como derecho constitucional “en las condiciones de su vigencia” (*b*), y si se define “en las condiciones de su vigencia” (*b*) como “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (*c*), entonces debe concluirse que “la CADH”

¹³ Más adelante mencionaré que con base en las disposiciones de la CADH relativas al proceso interamericano y a los órganos de control interamericanos, a lo sumo podría tratar de fundamentarse un deber débil de tener en consideración la jurisprudencia de esos órganos

(a) tiene la propiedad de regir como derecho constitucional “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (c).

La conclusión de este primer razonamiento es, a su vez, la premisa implícita en la que se apoya la conclusión final (explícita) de la CSJN. Este *segundo razonamiento* puede formularse como sigue:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la jurisprudencia de esos órganos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conclusión).

Este *razonamiento B* parece sostener el *carácter vinculante* de la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Esto puede apreciarse si se desarrolla la conclusión del *primer razonamiento*, que es el fundamento (premisa) de la conclusión final de la CSJN de que la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH: pues, si la CADH *tiene* jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH, entonces no solo el texto de la CADH, sino también la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano que interpretan ese texto *tiene* rango constitucional y, por lo tanto, es obligatoria para los tribunales nacionales por mandato constitucional. Esto puede ser formulado a través de los siguientes razonamientos en cadena:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH tiene jerarquía constitucional (conclusión)

Y porque el enunciado una “norma tiene jerarquía constitucional” presupone que esa “norma es parte del derecho constitucional”, la conclusión recién expuesta puede expresarse con la siguiente proposición materialmente equivalente:

La jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH es parte del derecho constitucional.

Y ahora estamos en condiciones de formular el siguiente razonamiento:

Dado que el derecho constitucional debe ser aplicado por las autoridades judiciales (premisa), y dado que la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH es parte del derecho constitucional (premisa), entonces la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH debe ser aplicada por las autoridades judiciales (conclusión).

Por lo visto, con el *razonamiento B*, que puede inferirse de la primera parte del párrafo arriba transcrito, la CSJN parece derivar de la propia Constitución nacional, a través de la interpretación de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, una obligación de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Bajo esta interpretación, la frase “servir de guía” solo puede tener el sentido fuerte de obligación de seguir o acatar la jurisprudencia de los órganos interamericanos.

Ahora bien, lo primero que hay que analizar es si el *razonamiento B* apoya la conclusión a la que llega la CSJN. Creo que este razonamiento no es capaz de establecer la verdad de la conclusión a la que arriba y no es lo es, porque *la conclusión de su primer razonamiento es circular: solo afirma lo que afirman sus premisas*. Podemos verificar esta *petitio principii* si, en ese primer razonamiento, reemplazamos la frase “en las condiciones de su vigencia” (que antes identificamos como elemento *b*) por la frase “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (que antes identificamos como elemento *c*). Como antes vimos, ambas frases son materialmente equivalentes en la argumentación de la CSJN y, por lo tanto, intercambiables. Esta sustitución, que deja inalterada la conclusión, elimina la segunda premisa por superflua y modifica lingüísticamente, pero no conceptualmente, la primera premisa, nos permite ver claramente el carácter circular del razonamiento. Ese *primer razonamiento*, luego de efectuado el reemplazo, quedaría formulado del siguiente modo:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (conclusión).

Dado que la conclusión solo repite lo que dice la premisa, el razonamiento, aunque perfectamente válido, es incapaz de *establecer* la verdad de su conclusión. La premisa no es lógicamente inatinerente a la verdad de la conclusión, pues si la premisa fuera verdadera, la conclusión también debería serlo (ya que se trata de la misma proposición), sino que *la premisa es lógicamente inatinerente al propósito de probar o establecer la conclusión*.¹⁴

Pues bien, dado que la validez de un razonamiento no garantiza que la conclusión sea verdadera¹⁵ y dado que el razonamiento de la CSJN no hace nada para probar la conclusión a la que arriba (esto es, la CSJN no da ninguna razón a favor de su conclusión), hay que preguntarse si esa proposición (que como acabamos de ver es premisa y conclusión del razonamiento) es verdadera. ¿Es verdadero que la CADH tenga jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación? Esto depende de la aceptabilidad de esa proposición. A continuación voy a exponer algunas razones que me persuaden de que la conclusión de la CSJN es inaceptable. El problema reside en que ella interpretó incorrectamente la frase “en las condiciones de su vigencia” contenida en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN y esa incorrecta interpretación la llevó a la conclusión de que la jurisprudencia de los órganos interamericanos debe ser seguida por las autoridades judiciales nacionales.¹⁶ Tal conclusión se enfrenta, al menos, con los siguientes problemas:

- i. Primero, esta interpretación conduciría a la invalidez de la parte del artículo 75 inciso 22 CN en la que pretende apoyarse. En efecto, si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, también la jurisprudencia de los órganos internacionales de control respectivos que interpretan el texto de esos tratados *forman parte* de la Constitución (y esto precisamente es lo que se deriva, como recién hemos visto, de la argumentación de la CSJN), entonces cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos tendría, en los hechos, el efecto de modificar la Constitución (nótese que esa disposición dice “*tienen* jerarquía constitucional, en las condiciones

¹⁴ Irving M. Copi: *Introducción a la lógica*, Buenos Aires: Eudeba, 1999 (1972), pp. 94 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶ Esta interpretación y varios de los argumentos que siguen se encuentran ya en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., VI-VIII. Seguidos en PGN, *Acosta*, cit., punto V.

de su vigencia”).¹⁷ Pero dado que la Convención Nacional Constituyente de 1994 no estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del artículo 30 CN (la ley 24309,¹⁸ que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no lo incluyó y dicho régimen se encuentra regulado, por lo demás, en la primera parte de la Constitución, cuya modificación esa misma ley había prohibido explícitamente), esta conclusión resulta poco persuasiva, porque conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.

- ii. Segundo, esa interpretación convertiría a los órganos interamericanos en intérpretes supremos de una porción del derecho constitucional argentino (precisamente aquella porción que corresponde a la CADH) en contra de lo dispuesto en los artículos 108 y 116 CN. Sin embargo, no es plausible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” incorporada en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, haya modificado los citados artículos 108 y 116, pues la ley 24309 tampoco atribuyó a la Convención Nacional Constituyente competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación; por lo tanto, esa reforma constitucional no podía alterar la competencia de los tribunales nacionales en cuanto a la interpretación de las disposiciones de derecho federal constitucional y de la CSJN como órgano supremo de esa interpretación. En efecto, el artículo 116 CN establece que corresponde a la CSJN y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras. El artículo 108, por su parte, sitúa en la cúspide de la estructura judicial argentina, como último interprete del derecho federal, a la CSJN. Este modelo de organización judicial establece, entonces, que son los tribunales que integran el poder judicial *de la Nación*, y en última instancia la CSJN, los que deben decidir *todas* las cuestiones referidas a la interpretación de la *Constitución*, de las leyes de la Nación y *de los tratados internacionales en relación con los procesos judiciales internos*. Dado que, como se dijo, este modelo constitucional de

¹⁷ Énfasis agregado.

¹⁸ Publicada en el *Boletín Oficial* el 31 de diciembre de 1993.

organización judicial no estaba incluido en el temario de la ley de necesidad de reforma de 1993, la Convención Nacional Constituyente de 1994 no tenía competencia para reformarlo. Por ello, una interpretación que sostuviese que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes auténticos en los procesos judiciales internos de una porción del derecho federal constitucional (en el caso, de la CADH) y que la CSJN ya no es su último intérprete sería insostenible, porque conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.¹⁹

- iii. Tercero, más allá del problema señalado en el punto anterior, la CSJN tampoco podría desapoderarse de su función de último intérprete del derecho federal, obligándose a sí misma a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos (o de cualquier otro órgano) en relación con una parte del derecho federal constitucional, pues esta función de último intérprete del derecho federal, atribuida a la CSJN por los artículos 116 y 108 CN, no es disponible. No se trata de un derecho subjetivo de la CSJN sino de una función institucional indelegable.
- iv. Cuarto, la interpretación que aquí se cuestiona no solo convierte a los órganos interamericanos en autoridades judiciales supremas de una parte del derecho federal constitucional (argumentos *ii* y *iii*), sino que, al asignarle rango constitucional a la jurisprudencia de esos órganos (argumento *i*), crea una suerte de *binding precedent* en relación con esa jurisprudencia. Sin embargo, es poco razonable que el constituyente haya querido introducir el sistema del precedente vinculante, que es completamente ajeno a la esencia del sistema jurídico argentino,²⁰ en relación con un órgano que no forma parte de las instituciones argentinas, en una disposición ubicada en la parte de la Constitución nacional referida a las atribuciones del Congreso nacional y en una fórmula críptica como aquella de “en las condiciones de su vigencia”.

¹⁹ Cf. CSJN, sentencia *Fayt* del 19.8.1999 (*Fallos* 322:1616).

²⁰ El sistema del precedente vinculante existe en el sistema jurídico argentino únicamente en relación con los fallos plenarios (y su compatibilidad constitucional ha sido puesta en duda por parte de la doctrina). Ni siquiera las sentencias de la CSJN tienen ese carácter. Si bien la CSJN ha establecido que los jueces inferiores deben, en principio, seguir su jurisprudencia, estos pueden apartarse de ella si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada. La única carga que pesa sobre los tribunales inferiores es la de explicar estas razones (cf. entre muchas otras, sentencia CSJN, *Cerámica San Lorenzo*, del 4.7.1985 (*Fallos* 307:1094), considerando 2).

- v. Quinto, la interpretación aquí criticada también podría traer problemas prácticos en la aplicación del derecho. Tal como está expresada, la doctrina sentada en *Giroldi-Bramajo* no se aplicaría únicamente a la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH, sino también a la de otros tribunales u órganos internacionales competentes para la interpretación y aplicación de alguno de los tratados internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN. Si esa doctrina fundamentase un deber de *seguir* la jurisprudencia de estos órganos, podría plantearse un problema en el caso de que existiese jurisprudencia incompatible entre diferentes órganos de protección de derechos humanos en relación con un derecho consagrado de manera similar en distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN (por ejemplo, entre la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la CADH y la del CDH sobre el PIDCP). En tal caso, se plantearía el problema de que el seguimiento de la jurisprudencia de un órgano implicaría el no seguimiento de la jurisprudencia del otro. Si los tribunales nacionales estuviesen obligados a seguir, en virtud de la doctrina sentada en *Giroldi*, la jurisprudencia de ambos órganos, entonces frente a casos de jurisprudencia incompatible ellos se encontrarían ante el siguiente dilema: cumplir el deber de seguir la jurisprudencia en relación con la jurisprudencia de un órgano e incumplir ese mismo deber en relación con la jurisprudencia del otro órgano. Por ello, el sometimiento simultáneo a la jurisprudencia de diferentes órganos internacionales podría provocar problemas de coherencia en el sistema jurídico argentino y en definitiva problemas en la aplicación del derecho.²¹ Evidentemente, este último argumento es solo un argumento en contra de las consecuencias prácticas que podría generar la doctrina sentada en *Giroldi*, y no, a diferencia de los anteriores, un argumento en contra de que el deber afirmado en *Giroldi* pueda fundarse en el ordenamiento jurídico constitucional argentino. Sin embargo, al señalar tales problemas, este argumento puede contar como

²¹ El hecho de que algunos de estos problemas podrían ser solucionados eligiendo la interpretación que otorgue la protección más amplia del derecho en cuestión (un deber de interpretación más favorable a la persona podría derivarse de los arts. 29.b CADH y 5.2 PIDCP) no elimina la objeción de que la doctrina sentada en *Giroldi* es propicia para generar problemas de coherencia y de aplicación del derecho. Además, estos problemas no siempre podrán solucionarse adecuadamente, pues es probable que no sea claro, por un lado, cuál es la interpretación que ofrece la protección más amplia, y, por el otro, que la interpretación más amplia del derecho específico sea la que mejor protege los derechos humanos en general (en consideración a otros derechos).

un argumento —si bien por sí solo poco poderoso— en contra de que la cláusula “en las condiciones de su vigencia” tenga el significado que la CSJN le atribuye, pues es poco razonable que el constituyente en una cuestión tan importante haya actuado con tanto descuido de no prever los efectos de esa norma sobre la coherencia del sistema.

- vi. Sexto, los argumentos expuestos (especialmente *i*, *ii* y *iii*) no solo se oponen a la posibilidad de fundar una obligación de los tribunales nacionales de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, sino que rechazan en absoluto que pueda fundarse una obligación de este tipo en el ordenamiento jurídico argentino vigente. Y si no existe ningún fundamento legal en el ordenamiento jurídico interno para sostener la existencia de ese deber, entonces a la doctrina sentada en *Giroldi-Bramajo* también le cabe el argumento esgrimido contra la doctrina sentada en *Mazzeo* referido a la violación del principio de división de poderes: aceptar que la CSJN pueda crear por vía jurisprudencial un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos *sin ningún fundamento en el ordenamiento jurídico argentino* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes (precisamente, la creación jurisprudencial de una norma que dice que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los tribunales nacionales).

Estas razones muestran que la interpretación que hizo la CSJN de la frase “en las condiciones de su vigencia” es problemática. Ahora mostraré que existe otra interpretación posible de esa frase que no presenta estos problemas y es absolutamente compatible con el ordenamiento jurídico argentino. Esa frase no significa, como supuso la CSJN, “tal como rige en el ámbito internacional y especialmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH”, sino algo bastante distinto: “tal como rige, *al momento de la constitucionalización*, en el ámbito internacional e interno *para Argentina*”. Con esa frase se establece que los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN se incorporan al derecho constitucional argentino con las *reservas* que a su respecto hubiere hecho el Congreso de la Nación al momento de aprobarlos y hubiere luego expresado el Estado argentino al momento de ratificarlos.

Así rigen para Argentina esos tratados en el ámbito internacional (artículos 19 y siguientes de la CVDT) y con ese mismo alcance fueron integrados al ordenamiento jurídico interno ya antes de su constitucionalización a través de la reforma constitucional de 1994 (artículo 31 CN). De este modo, la reforma constitucional solo ha *elevado* a rango constitucional ciertos tratados —que ya formaban parte del derecho argentino inferior y ya fundamentaban obligaciones de derecho internacional del Estado argentino frente a otros Estados— *tal como esos tratados ya regían e imponían obligaciones de derecho interno y de derecho internacional para las autoridades estatales*. En fin, a favor de que la frase “en las condiciones de su vigencia” sea interpretada en el sentido aquí sugerido hay varios argumentos:

- i. Primero, su lenguaje permite esta conclusión (argumento gramatical).
- ii. Segundo, el contexto en el que esta norma está inserta, esto es, como disposición de la Constitución nacional argentina, hace más plausible interpretar el término *vigencia*, allí contenido, como vigencia para Argentina y no vigencia en el orden internacional (argumento contextual).
- iii. Tercero, según consta en las transcripciones de los debates de la Convención nacional constituyente de 1994, esta era la interpretación de los propios constituyentes (argumento teleológico-subjetivo o histórico).²²
- iv. Cuarto, es absolutamente razonable, como ya adelanté, que a través de esa cláusula solo se haya *elevado* a rango constitucional ciertos tratados —que ya integraban el derecho argentino y fundamentaban obligaciones internacionales a Argentina— tal como esos tratados ya regían y vinculaban en el derecho interno y en el derecho internacional a las autoridades estatales (argumento teleológico-objetivo).
- v. Por último, esta interpretación es perfectamente compatible con el resto del ordenamiento jurídico constitucional argentino y no se enfrenta a ninguna de las objeciones antes señaladas contra la doctrina sentada en *Giroldi* (argumento sistemático).

²² Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación: *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, tomo V, Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, pp. 5184 y 5325. En la doctrina siguen esta posición Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires: Zavallía, tercera edición, 2000, p. 483; Gregorio Badeni: “El caso *Simón* y la supremacía constitucional”, en *La Ley* 2005-D, pp. 643 ss.

9. Ahora me referiré brevemente a la cuestión de si, en lugar de un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos, es posible fundar en el ordenamiento jurídico argentino al menos un deber de los tribunales nacionales de *tener en consideración* esa jurisprudencia. A esta conclusión llegó el procurador general en el caso *Acosta* tras rechazar la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana.²³ Aunque la fundamentación de un deber semejante seguramente tenga muchas más perspectivas de éxito que la de un deber de seguir la jurisprudencia (al menos no se enfrenta a las objeciones que hemos hecho a este deber), no estoy seguro de si tal deber tiene un sustento en el ordenamiento jurídico argentino, al menos este sustento no es del todo claro. Seguro que este deber no puede derivarse del hecho de que el Estado argentino haya ratificado la CADH y reconocido la competencia de los órganos interamericanos, pues, como vimos en relación con el *razonamiento A* de la sentencia *Giroldi*, esto solo significa que Argentina acepta la jurisdicción de esos órganos para conocer y decidir, en el marco de un procedimiento internacional, sobre la responsabilidad internacional del Estado argentino en un caso en el que se alegue la violación por alguna autoridad estatal de algún derecho o libertad garantizado en la CADH, y no guarda relación alguna con la cuestión de si los tribunales locales están obligados a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos al decidir los procesos internos. Un argumento a favor de este deber —aunque no sé hasta qué punto suficiente— probablemente pueda encontrarse no ya en el hecho de que el Estado argentino aceptó la jurisdicción de los órganos interamericanos, sino en el hecho de que la CADH es parte del derecho federal constitucional argentino. Como es sabido, la CADH fue incorporada íntegramente al ordenamiento jurídico interno y luego con ese mismo alcance fue constitucionalizada. Esto significa que también la parte relativa al proceso internacional y a los órganos de control es parte del derecho supremo argentino. ¿Qué significan esas normas *en cuanto normas que integran el ordenamiento jurídico constitucional argentino*? Desde luego, ellas no significan que esos órganos se convierten en órganos supremos internos, ni que su jurisprudencia sea obligatoria para las autoridades estatales (esa interpretación se enfrentaría a muchas de las objeciones que hicimos antes en relación con el *razonamiento B* de la sentencia *Giroldi*), pero probablemente ellas sí pongan de manifiesto una decisión de derecho constitucional de respetar y reconocer a esos órganos internacionales como órganos especializados en la protección de los derechos humanos garantizados en la CADH. Una forma de hacer efectivo ese reconocimiento es a través de la consideración

²³ PGN, *Acosta*, cit., punto V.

de su jurisprudencia. Este quizás sea el sentido en que habría que entender a esas normas de la CADH como normas que pertenecen al sistema jurídico argentino y son aplicables por los jueces nacionales (artículos 31 y 116 CN).²⁴

10. En lo siguiente examinaré en qué puede consistir un deber semejante de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos y cómo podría controlarse racionalmente su cumplimiento. Al respecto, partiré del examen en cuatro niveles propuesto por el procurador general de la Nación en su dictamen en la causa *Acosta*, que ofrece elementos importantes para la concreción de este deber. Según este examen, a fin de cumplir el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos los tribunales nacionales deberían al tomar sus decisiones proceder con arreglo a los siguientes pasos:

- a. *Identificación de la jurisprudencia.* En primer lugar, los tribunales nacionales deberían verificar si existe jurisprudencia de la Corte IDH o de la Com IDH sobre una disposición de la CADH relevante para la solución de la cuestión debatida en el proceso interno. Este deber de identificación está presupuesto en el deber de tener en consideración, pues solo es posible considerar algo que es conocido. El deber de identificación procura evitar el uso arbitrario de la jurisprudencia de los órganos interamericanos por los tribunales nacionales, esto es, que esa jurisprudencia sea usada solamente cuando apoya el punto de vista que el tribunal previamente decidió sostener y omitida cuando se oponga a ese punto de vista. Por ello, para que esta finalidad pueda ser alcanzada el deber de identificación debe ser entendido como un

²⁴ Probablemente también por esto el procurador general ha entendido que en este sentido limitado de *deber de tener en consideración* debería ser entendida la frase de la CSJN de que la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano *debe servir de guía* para la interpretación de los preceptos convencionales (cf. PGN, *Acosta*, cit., punto V). Por otra parte, y más allá de la equivocada interpretación que hizo la CSJN de la frase “en las condiciones de su vigencia”, la frase *debe servir de guía* parece adecuarse mejor, según su lenguaje, a un deber de *tener en cuenta* que a uno de *seguir* la jurisprudencia. Para explicar el punto es útil recurrir a la distinción entre *ser guiado por* una regla y *seguir* una regla (En esto sigo a Frederick Schauer: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 174 ss.), y aplicarla al caso de la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Decimos que una regla *guía* la conducta de un agente, porque le otorga razones para actuar de acuerdo con ella. Pero que el agente tenga una razón para actuar en un determinado sentido no significa que deba actuar necesariamente en ese sentido, pues esas razones pueden no ser absolutas. *Ser guiado por* una regla exige solamente que el agente tome la existencia de la regla como una razón, si bien no necesariamente concluyente, para la acción. *Seguir* una regla exige, en cambio, tanto ser guiado por la regla como actuar de conformidad con ella. Por lo tanto, servirse de la jurisprudencia de los órganos interamericanos como *guía* en la toma de la decisión es más próximo, por su lenguaje, a tomar en serio las razones de esa jurisprudencia que a seguir esa jurisprudencia.

deber de identificación completa y exhaustiva. Una sentencia nacional que omite identificar jurisprudencia relevante sobre la cuestión debatida incumple el deber de tener en consideración. Es preciso aclarar, además, que en el ordenamiento jurídico argentino solo es posible fundar, *a lo sumo*, un deber de tener en consideración (y, por ello, también un deber de identificar) la jurisprudencia de los órganos interamericanos *referida a una disposición de la CADH*. En cambio, no es posible afirmar un deber semejante en relación con doctrinas de estos órganos completamente desvinculadas del texto de la CADH.

- b. *Identificación de la doctrina de la jurisprudencia*. En segundo lugar, los tribunales nacionales deberían determinar cuál es la doctrina que se desprende de la(s) sentencia(s) o informe(s) pertinente(s). Al respecto, se plantea la cuestión de si las consideraciones hechas en una sentencia de la Corte IDH o en un informe de la Com IDH referidas a una disposición de la CADH, pero que no tuvieron relevancia para la solución del caso concreto decidido por el órgano interamericano puede valer como doctrina. Siguiendo un punto de vista consolidado en la teoría del precedente o del derecho judicial, el procurador general sostuvo que “lo que puede contar como doctrina de un fallo (en tanto regla jurídica aplicable a otros supuestos) es únicamente lo que estableció un tribunal para resolver un caso (*ratio decidendi*) y no, en cambio, otras manifestaciones vertidas en la sentencia, pero sin relevancia para su resolución (*obiter dictum*)”.²⁵ Si bien este punto de vista cuenta con una larga tradición en la teoría del precedente, creo que las manifestaciones que hace un órgano especializado sobre el alcance de una disposición de la CADH también deben ser tenidas en consideración para la interpretación de la disposición en cuestión. No creo que sea necesario exigir que la doctrina requerida por este examen se deba recabar exclusivamente de los argumentos usados en la sentencia o informe para resolver el caso, porque aquí no se trata de *seguir una regla* establecida judicialmente para resolver un caso, sino de considerar una interpretación respecto a una disposición de parte de un órgano especializado. Sea como fuere, es evidente que los tribunales nacionales deberían prestar especial atención en la identificación precisa de la doctrina que emerge de la jurisprudencia de los órganos intera-

²⁵ PGN, dictamen *Araujo*, del 16.6.2010 (SC A 378; L. XLV), punto II.

americanos con el fin de evitar el riesgo de usos arbitrarios o tergiversaciones de esta jurisprudencia o incluso posibles manipulaciones.

- c. *Aplicabilidad de la doctrina al caso concreto.* En tercer lugar, los tribunales deberían examinar minuciosamente si la doctrina extraída de la jurisprudencia de los órganos interamericanos es aplicable al caso concreto, esto es, deben evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos. Esto requiere que el caso concreto que debe decidir el tribunal nacional no presente diferencias relevantes con aquel decidido por los órganos internacionales.
- d. *Compatibilidad de la doctrina aplicable con el orden jurídico constitucional.* Por último, los tribunales deben examinar si el ordenamiento jurídico constitucional no se opone a la aplicación de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no. El deber de tomar en consideración la jurisprudencia de estos órganos se satisface aun cuando el tribunal nacional no siga finalmente esa doctrina, pero en tal caso el tribunal debería fundamentar debidamente su decisión.

En fin, si es que se acepta un deber de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos, este modelo de examen, estructurado en cuatro niveles, puede ser de utilidad para controlar racionalmente el cumplimiento de ese deber y evitar arbitrariedades en la aplicación de jurisprudencia de los órganos interamericanos.

ESTADO DE EXCEPCIÓN. SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS. GARANTÍAS JUDICIALES INDISPENSABLES NO SUSCEPTIBLES DE SUSPENSIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jaime E. Martínez Ventura

RESUMEN. En este trabajo se expone y se analiza la jurisprudencia específica y especializada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativa a las garantías judiciales no susceptibles de suspensión en los estados de excepción. No obstante, debido a la interdependencia y la integralidad de los derechos humanos, no siempre será posible referirse exclusivamente a dichas garantías sin mencionar derechos sustanciales como el derecho a la vida, la integridad personal y la libertad individual. En esencia este estudio relata, examina y valora las respuestas que la Corte Interamericana ha dado a cuestiones cruciales relacionadas con los estados de excepción: ¿qué se entiende por *garantías judiciales indispensables*?, ¿qué pasa cuando un Estado parte alega como justificación o atenuante de sus actuaciones que en el momento de los hechos regía un estado de excepción?; ¿existe algún desarrollo de los principios del estado de excepción en la jurisprudencia de la Corte?, y ¿qué relación o influencia puede llegar a tener la jurisprudencia en esta materia de la Corte Interamericana en las decisiones de otros tribunales internacionales, especialmente en la Corte Penal Internacional?

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, estado de excepción constitucional, derechos humanos, jurisprudencia.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag beschreibt und analysiert die eigene, spezialisierte Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu im Ausnahmezustand nicht suspendierbaren Rechtsgarantien. Angesichts der Interdependenz und des ganzheitlichen Charakters der Menschenrechte ist es allerdings nicht immer möglich, auf diese Rechte Bezug zu nehmen, ohne gleichzeitig materielle Rechte wie das Recht auf Leben, körperliche Unversehrtheit und individuelle Freiheit zu erwähnen. Im Wesentlichen stellt die vorliegende Untersuchung die

Antworten des Interamerikanischen Gerichtshofs auf grundlegende Fragen im Zusammenhang mit Ausnahmezuständen dar, um sie sodann zu prüfen und zu bewerten: Was ist unter *unverzichtbaren Rechtsgarantien* zu verstehen? Was geschieht, wenn ein Staat zur Begründung oder als mildernden Umstand für sein Vorgehen anführt, zum Zeitpunkt der Ereignisse sei der Ausnahmezustand in Kraft gewesen? Befasst sich die Rechtsprechung des Gerichtshofs mit den Grundlagen von Ausnahmezuständen? Und welchen Einfluss übt die diesbezügliche Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs auf die Entscheidungen anderer internationaler Gerichte, insbesondere des Internationalen Strafgerichtshofs aus?

Schlagwörter: Interamerikanischer Gerichtshof für Menschenrechte, verfassungsmäßiger Ausnahmezustand, Menschenrechte, Rechtsprechung.

ABSTRACT. This work presents and analyses the specific and specialized decisions of the Inter-American Court of Human Rights on judicial guarantees which are not subject to being suspended in states of exception. Nonetheless, due to the interdependence and comprehensive nature of human rights, it is not always possible to refer to such guarantees without mentioning substantial rights such as the right to life, to physical, mental and moral integrity and to personal liberty. This study details, examines and evaluates the Inter-American Court's responses to key issues related to states of exception: What is the meaning of *essential judicial guarantees*? What if a State party alleges, as a reason to justify or mitigate its actions, that when it availed itself of the suspension there existed a state of exception? Do the cases decided by the Court point to principles that govern the state of exception? Are the decisions of the Inter-American Court in any way related to or can they influence the decisions of other international tribunals such as the International Criminal Court?

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, constitutional state of exception, human rights, case law.

1 • Introducción

Estado o estados de excepción es la categoría abarcadora de una serie de instituciones como el estado de sitio, el estado de emergencia, el toque de queda, el régimen de excepción, el estado de guerra, el estado de conmoción, etcétera, que designa las facultades que los Estados modernos tienen de decretar la suspensión temporal de ciertos derechos y garantías con el objeto de enfrentar y superar situaciones emergentes que pongan en riesgo la existencia, la soberanía, la independencia o la seguridad del Estado.

No se trata de una atribución arbitraria o discrecional, sino de una facultad válida ante determinadas problemáticas, en ciertas condiciones y con determinados fines. En efecto:

Es entonces la necesidad de resolver las crisis graves e insuperables, la que fundamenta en última instancia el uso de las facultades de suspensión de derechos y garantías, con el objeto de que esta suspensión contribuya al restablecimiento de la normalidad, a la preservación de los valores y bienes jurídicos que atañen a toda la colectividad, y en definitiva, a la defensa del orden constitucional.¹

Según la doctrina del derecho constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, los tratados internacionales en materia de derechos humanos, el derecho comparado y la jurisprudencia internacional, los estados de excepción dentro de las sociedades democráticas y en el marco del Estado constitucional y democrático de derecho deben regirse por los principios de excepcionalidad, necesidad, proclamación, notificación, no discriminación, proporcionalidad, provisionalidad o temporalidad, intangibilidad de ciertos derechos y otros principios generales, como el de legalidad, la buena fe, la reserva de ley, etcétera.²

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el primer tratado internacional que establece ciertos derechos y garantías judiciales intocables, entre ellos los considerados indispensables para el debido proceso, tal como lo prescribe su artículo 27.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido una importante jurisprudencia acerca de los derechos y garantías fundamentales que no

¹ Florentín Meléndez: *La suspensión de los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, San Salvador: Imprenta Criterio, 1999, p. 28.

² *Ibidem*, pp. 90-107.

deben ser objeto de suspensión bajo forma alguna de estado de excepción. Primero lo hizo en los años 1986 y 1987, por medio de varias opiniones consultivas que interpretaron el artículo 27 de la Convención y su relación con los artículos 7.6 (hábeas corpus), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial) y otras disposiciones de la CADH. Luego, mediante sentencias dictadas a partir de 1995, ha conocido y resuelto diversos casos contenciosos que han contribuido a interpretar y aplicar la normativa convencional, a proteger a las víctimas de violaciones a los derechos humanos y a determinar las responsabilidades estatales correspondientes.

Este trabajo tiene como propósito exponer y analizar la jurisprudencia que específicamente ha establecido la Corte con relación a las garantías judiciales no susceptibles de suspensión en los estados de excepción, aunque debido a la interdependencia e integralidad de los derechos humanos no siempre será posible referirse exclusivamente a dichas garantías sin mencionar derechos sustanciales como el derecho a la vida, la integridad personal y la libertad individual. Con este propósito, en lo que sigue se tratará de relatar y examinar las respuestas que la Corte Interamericana ha dado a cuestiones cruciales como ¿qué se entiende por *garantías judiciales indispensables*?; ¿qué pasa cuando un Estado parte alega como justificante o como atenuante de sus actuaciones el hecho de que en el momento de los hechos regía un estado de excepción?; ¿existe algún desarrollo de los principios del estado de excepción en la jurisprudencia de la Corte?; y ¿qué relación o influencia puede llegar a tener la jurisprudencia en esta materia de la Corte Interamericana en las decisiones de otros tribunales internacionales, especialmente en la Corte Penal Internacional? A esta y otras interrogantes se responderá en lo que sigue.

2. Las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión bajo estados de excepción

¿Qué se entiende por *garantías judiciales indispensables*? En la opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987,³ a petición del gobierno de Uruguay, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, luego del análisis respectivo, concluyó que por garantías indispensables no susceptibles de suspensión se deben entender las siguientes:

³ Corte IDH: opinión consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987: *Garantías judiciales en estados de emergencia* (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

1. El hábeas corpus, garantía establecida en el artículo 7.6 de la misma Convención, que dice:

Art. 7. Derecho a la Libertad Personal

[...]

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que este decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueren ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que este decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

2. El amparo o derecho *a cualquier recurso sencillo, rápido y efectivo*, garantía establecida en el artículo 25.1 de la Convención en los términos siguientes:

Art. 25. Protección Judicial.

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.

3. Aquellos procedimientos judiciales inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados partes, según el literal *c* del artículo 29 de la Convención, que establece:

Art. 29. Normas de interpretación.

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

[...]

c. Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno.

4. Que el ejercicio de las citadas garantías judiciales indispensables se realice en el marco y según los principios del debido proceso legal establecidos por el artículo 8 de la CADH.

Se puede inferir que, para la Corte Interamericana, la suspensión de garantías judiciales es sumamente restringida. Sin embargo, dicho tribunal admite que durante el

estado de excepción un Estado puede legítimamente restringir determinados derechos, entre ellos la libertad ambulatoria mediante la detención de una persona sin orden judicial, como lo ha reconocido, entre otros, en el caso *Castillo Páez contra Perú*.⁴

Si la suspensión de garantías judiciales indispensables va más allá de lo permitido por la Convención, a partir de la interpretación establecida por la Corte, un Estado parte puede ser condenado como violador de dichas garantías. Es decir, los Estados parte de la CADH pueden tener responsabilidad internacional no solo por la comisión por sus agentes o la aquiescencia en la perpetración de *delitos de lesa humanidad*, sino también por la inadecuada protección de derechos sustanciales y garantías judiciales de las personas sujetas a su jurisdicción. En este sentido, la consecuencia más importante de la restringida suspensión de garantías judiciales que establece la Convención es que esta no puede ser utilizada como justificante de violaciones de derechos humanos —positivos y procedimentales— o bien de los cuatro crímenes que son competencia de la Corte Penal Internacional.

3 • Jurisprudencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

3.1. Caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, sentencia de 19 de enero de 1995 (fondo)

El 10 de octubre de 1990, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Com IDH) sometió contra el Estado del Perú un caso basado en denuncia recibida, referida a la violación del derecho a la vida mediante ejecuciones arbitrarias, violación de la garantía de protección judicial y otros derechos por el Estado peruano, contra los señores Víctor Neira Alegría, Edgar Zenteno Escobar y William Zenteno Escobar, quienes murieron como consecuencia de la intervención armada realizada por fuerzas militares para terminar con el motín que protagonizaron los internos por delito de terrorismo en la penitenciaría San Juan Bautista, situada en la isla-penal El Frontón, el 18 y el de junio de 1986.

⁴ Corte IDH: caso *Castillo Páez contra Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997 (fondo), p. 16.

Este fue primer caso contencioso en el que la Corte Interamericana se pronunció sobre los efectos de un estado de excepción en las garantías judiciales indispensables, ya que cuando ocurrió el motín y su sometimiento armado, el Gobierno peruano había decretado el estado de emergencia en las provincias de Lima y de El Callao por decreto supremo 012-86-IN del 2 de junio de ese año. Asimismo, el 20 del mismo mes se publicó el decreto supremo 006-86 JUS, que declaró zona militar restringida el penal San Juan Bautista. Con base en dichos decretos, el 17 de julio de 1986, el juez instructor del 21.^{er} Juzgado de Lima declaró improcedente una acción de hábeas corpus que había sido presentada el 16 de junio del mismo año por Irene Neira Alegría y Julio Zenteno Camahualí, en favor de las tres personas a que se refiere este caso.

Al respecto la Corte expresó que el Gobierno infringió lo dispuesto por los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención Americana debido a la aplicación de los llamados *decretos supremos* antes indicados, que impusieron el estado de emergencia en las provincias de Lima y de El Callao y zona militar restringida en tres penales, incluido el de San Juan Bautista. Dijo además que, si bien esos decretos no suspendieron expresamente el hábeas corpus previsto por el artículo 7.6 de la Convención, su aplicación produjo de hecho la ineficacia de esa garantía judicial y, por tanto, perjudicó a las presuntas víctimas, “ya que el hábeas corpus era el instrumento adecuado para que la autoridad judicial pudiese investigar y conocer el paradero de las tres personas relacionadas al caso”.⁵

Más adelante, la Corte utilizó los antecedentes de su competencia consultiva en materia de suspensión de garantías judiciales durante los estados de excepción para interpretar la aplicación de las disposiciones de la Convención Americana a este caso concreto, al señalar que, según la OC-8, los procedimientos de hábeas corpus y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad de una sociedad democrática, y que según la OC-9 las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto por 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 del Estado de derecho.⁶

Un precedente sumamente importante acerca del hábeas corpus como una de las garantías judiciales no susceptibles de suspensión en estados de excepción, establecido

⁵ Cf. Corte IDH: caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, sentencia del 19 de enero de 1995 (fondo), p. 18.

⁶ Cf. Corte IDH: caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, cit., p. 19.

en este caso por la Corte Interamericana, es que para determinar una violación de esa garantía no se requiere que el decreto o la ley de emergencia la derogue, restrinja o limite de manera expresa o explícita.⁷ Basta con que la respectiva ley o decreto la suspenda o vuelva ineficaz de manera implícita, como ocurrió en este caso con los decretos que declararon la emergencia y la zona militar restringida.

En virtud de los hechos probados en el presente caso, del desfile probatorio incorporado en el proceso y de los análisis realizados por la Corte, esta declaró que el Estado peruano había violado, en perjuicio del señor Víctor Neira Alegría y demás víctimas, el derecho a la vida reconocido por el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en conexión con su artículo 1.1 (obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos proclamados en la Convención sin discriminación alguna); el derecho de hábeas corpus establecido por el artículo 7.6 en conexión con la prohibición del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (prohibición de suspender ciertas garantías judiciales en estados de excepción).⁸

Nótese que en este caso, en los puntos resolutivos, la Corte Interamericana no declaró la violación del artículo 27.2 de la CADH, que establece la prohibición de suspender ciertas garantías judiciales bajo estados de excepción, a pesar de que en la parte expositiva afirmó que el Gobierno había infringido lo dispuesto por dicho artículo. Se limitó a declarar la violación del artículo 7.6, que establece el derecho al hábeas corpus, en conexión con el artículo 27.2 de la CADH.

⁷ Ahora bien, para examinar si existe violación o no a las disposiciones de la CADH sobre el estado de excepción, es necesario que dicho estado haya sido declarado. Así lo estimó la Corte IDH en el caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá*, en el cual el Estado alegó que en el momento de los hechos existía una grave situación de emergencia nacional que amenazaba la seguridad del Estado. En su escrito de réplica, la Com IDH argumentó que el estado de emergencia no había sido declarado formalmente; que Panamá violó los principios de proporcionalidad, proclamación y notificación que rigen los estados de emergencia. Como se demostró que no se había declarado estado de emergencia en el cual se suspendieran algunas de las garantías consagradas en la Convención Americana, la Corte estimó improcedente la alegación del Estado referente a la supuesta existencia de ese estado de emergencia, por lo que procedió a analizar la presunta violación de los derechos protegidos que fueron alegados en la demanda sin atender a la normativa aplicable a los estados de excepción, es decir, al artículo 27 de la CADH. Cf. Corte IDH: caso *Baena Ricardo y otros contra Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, fondo, reparaciones y costas, pp. 78 y 79.

⁸ Corte IDH: caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, cit. p. 21

3.2. Caso *Castillo Petruzzi* y otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999 (fondo, reparaciones y costas)

Se trata de la detención y posterior condena a cadena perpetua en el Perú, por un tribunal sin rostro perteneciente a la justicia militar, bajo el cargo de ser autores del delito de traición a la patria, de cuatro ciudadanos chilenos: Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Luis Astorga Valdez, quienes fueron capturados en varios lugares de la ciudad de Lima, durante un operativo policial realizado los días 14 y 15 de octubre de 1993.

En este caso, la Corte Interamericana se pronunció nuevamente sobre los efectos de un estado de excepción con respecto a las garantías judiciales indispensables, ya que cuando se realizó la detención y durante el procesamiento ante la justicia militar de las cuatro personas chilenas, al igual que en el caso *Neira Alegria y otros contra Perú*, regía en el departamento de Lima y en la provincia constitucional del Callao un estado de emergencia y de suspensión de las garantías contempladas en los incisos 7 (inviolabilidad de domicilio), 9 (derecho de tránsito), 10 (derecho de reunión) y 20.g (detención y puesta a la orden de un juez) del artículo 2 de la Constitución Política peruana vigente en la época. El control del orden interno en las zonas de emergencia había sido asumido por un comando político-militar. Asimismo, según aquella suspensión de garantías, durante la fase de investigación policial el inculpado detenido no tenía derecho a contar con defensa legal, sino hasta que rindiera declaración sobre los hechos, oportunidad en que a las supuestas víctimas se les nombró el mismo defensor de oficio.^{9 10}

Sostiene la Corte Interamericana que en este caso la detención se produjo en el marco de una grave alteración de la paz pública que se intensificó entre 1992 y 1993 como resultado de varios actos terroristas, ante lo cual el Estado adoptó medidas de emergencia, entre ellas la posibilidad de detener sin orden judicial previa a presuntos responsables de traición a la patria. En cuanto a la alegación del Perú, en el sentido

⁹ Cf. artículo 12.f del decreto-ley n.º 25.475, sancionado el 5 de mayo de 1992; artículo 716 del Código de Justicia Militar, decreto-ley 23.214, del 24 de julio de 1980; declaración ante la DINCOTE del señor Jaime Francisco Castillo Petruzzi, del 4 de noviembre de 1993, f. 121; declaración ante la DINCOTE del señor Lautaro Enrique Mellado Saavedra, del 29 de octubre de 1993, f. 141; declaración ante la DINCOTE de la señora María Concepción Pincheira Sáez, del 22 de octubre de 1993, f. 195; declaración ante la DINCOTE del señor Alejandro Luis Astorga Valdez, del 26 de octubre de 1993, f. 177; todos forman parte del atestado policial n.º 225, expediente n.º 078TP 93 ZJ FAP.

¹⁰ Corte IDH: caso *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999 (fondo, reparaciones y costas), p. 22.

de que el estado de emergencia decretado implicó la suspensión del artículo 7 de la Convención, la Corte, basándose otra vez en sus opiniones consultivas, reiteró que la suspensión de garantías no debe exceder la medida de lo estrictamente necesario, por lo que resulta “ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el estado de excepción”.¹¹ Las limitaciones que se imponen a la actuación del Estado responden a “la necesidad genérica de que en todo estado de excepción subsistan medios idóneos para el control de las disposiciones que se dicten, a fin de que ellas se adecuen razonablemente a las necesidades de la situación y no excedan de los límites estrictos impuestos por la Convención o derivados de ella”.^{12 13}

En cuanto a la legislación de emergencia que regía durante esta situación, los decretos-leyes 25.475 y 25.659, que entre otras cosas permitían la calificación de los hechos como *terrorismo* y *traición a la patria*, implicaban que la autoridad competente de su juzgamiento fuera un tribunal militar “sin rostro”, que se juzgara a los inculpados bajo un procedimiento sumarísimo, con reducción de garantías, y que se les aplicara la pena de cadena perpetua. La Corte descalificó dichas leyes, afincada en su jurisprudencia expresada en la opinión consultiva sobre el término *leyes* del artículo 30 de la CADH.¹⁴

Siempre con relación a la legislación de excepción, la Corte expuso que el decreto-ley n.º 25.659, del 2 de septiembre de 1992, que regula el delito de traición a la patria, vigente en el momento de la detención y el inicio del proceso contra las supuestas víctimas, denegaba en su artículo 6 la posibilidad de presentar acciones de garantía por las personas involucradas en casos de terrorismo o traición a la patria, lo cual es contrario al derecho de toda persona de contar con un recurso rápido y sencillo contra actos que violen sus derechos, según lo dispuesto por el artículo 25, en conexión con el artículo 1.1 de la CADH.¹⁵

Con los hechos probados y los razonamientos expuestos, la Corte Interamericana declaró la invalidez del proceso en contra de los señores Castillo Petrucci y demás imputados, por ser incompatible con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹¹ Corte IDH: opinión consultiva OC-8/87, del 30 de enero de 1987: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, serie A, n.º 8., § 38, y opinión consultiva OC-9/87: *Garantías judiciales en estados de emergencia*, cit., § 36.

¹² Corte IDH: opinión consultiva OC-9/87: *Garantías judiciales en estados de emergencia*, cit., § 21.

¹³

¹⁴ Cf. Corte IDH: opinión consultiva OC-6/86, del 9 de mayo de 1986: *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, serie A, n.º 6, § 21.

¹⁵ Corte IDH: Caso *Castillo Páez*, cit., § 82 y 83; caso *Suárez Rosero*, cit., § 65; caso *Paniagua Morales y otros*, cit., § 164; caso *Blake*, cit., § 102.

Igualmente ordenó se les garantizara un nuevo juicio, con la plena observancia del debido proceso legal.¹⁶ Asimismo, determinó que el Estado peruano, en perjuicio de los cuatro ciudadanos chilenos, había violado varias garantías judiciales proclamadas por la CADH que, según las opiniones consultivas de la misma Corte, no son susceptibles de suspensión en ningún estado de excepción.¹⁷

3.3. Caso *Durand y Ugarte contra Perú*, sentencia de 16 de agosto de 2000 (fondo)

La demanda fue presentada ante la Corte por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 8 de agosto de 1996, como derivación de una denuncia recibida el 27 de abril de 1987, según la cual el 14 y 15 de febrero de 1986 fueron detenidos Nolberto Durand Ugarte y Gabriel Pablo Ugarte Rivera por efectivos de la Dirección contra el Terrorismo (DIRCOTE) bajo sospecha de haber participado en actos de terrorismo, detenidos sin mediar orden judicial alguna ni haber sido encontrados en flagrante delito. Posteriormente los detenidos resultaron desaparecidos como consecuencia de la intervención armada realizada por fuerzas militares —la Marina de Guerra y la Guardia Republicana— en el motín que protagonizaron los internos por delito de terrorismo en la penitenciaría San Juan Bautista, situada en la isla-penal El Frontón, los días 18 y 19 de junio de 1986.

Con relación a las garantías judiciales que no son susceptibles de suspensión bajo estados de excepción, este caso expone una situación similar a la del caso *Neira Alegría y otros*, en el que, como se expuso, la Corte señaló que el Estado había violado “los artículos 7.6 y 27.2 de la Convención en virtud de la aplicación de los decretos supremos n.º 012-86-IN y n.º 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”.¹⁸ Asimismo, la Corte en aquel caso (*Neira Alegría y otros*),¹⁹ como en el presente (*Durand y Ugarte*), expresó que, si bien dichos decretos no suspendieron de manera explícita la acción de hábeas corpus, de hecho se produjo la ineficacia de este instrumento tutelar.²⁰

¹⁶ Corte IDH: caso *Castillo Petrucci y otro contra Perú*, cit., p. 70.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 68 y 69.

¹⁸ Véase Corte IDH: caso *Neira Alegría y otros contra Perú*, cit., p. 18.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Corte IDH: caso *Durand y Ugarte contra Perú*, cit., p. 31.

A pesar de que este caso plantea una situación casi idéntica a la de la causa *Neira Alegria y otros contra Perú*, en este la Corte Interamericana no se limitó a declarar la violación de dos disposiciones de la Convención: el artículo 4.1 (derecho al respeto de la vida, a su protección legal y a no ser privado arbitrariamente de ella), en conexión con el artículo 1.1, y el artículo 7.6 (hábeas corpus), en conexión con el artículo 27.2. La Corte, en este caso, hizo una interpretación más amplia y dio por establecidas las violaciones del Estado peruano, en detrimento de los señores Durand y Ugarte, a los siguientes derechos establecidos en la Convención Americana: 1.1 (obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos proclamados en la Convención sin discriminación alguna); 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno); 4.1 (derecho al respeto de la vida, a su protección legal y a no ser privado arbitrariamente de ella); 7.1 (libertad personal); 7.5 (derecho de toda persona detenida a ser llevada sin demora ante un juez o autoridad competente); 7.6 (derecho al hábeas corpus); 25.1 (derecho al amparo judicial mediante un recurso sencillo y rápido), y 8.1 (derecho a ser oído por un juez dentro de un plazo razonable).²¹

No obstante, en esta sentencia la Corte Interamericana retrocedió en cuanto a la protección de las garantías judiciales indispensables que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción (artículo 27.2 de la CADH), ya que en este caso no declaró la violación de dicha disposición ni siquiera por conexión con el artículo 7.6 (hábeas corpus), como sí lo hizo en *Neira Alegria y otros contra Perú*. Es más, en el presente caso la Corte incurrió en una contradicción o inconsistencia porque en la parte expositiva y deliberativa de la sentencia, en varios pasajes, expresó que el Estado había violado el artículo 27.2,²² pero en la parte resolutive no estableció dicha violación.²³

3.4. Caso Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000 (fondo)

Como en la causa *Castillo Petruzzi y otros contra Perú*, en este otro caso, al momento de llevarse a cabo la detención de Luis Alberto Cantoral Benavides, se encontraba vigente en el departamento de Lima y en la provincia constitucional del Callao

²¹ *Ibidem*, pp. 43 y 44.

²² *Cf. ibidem*, pp. 31 y 40.

²³ *Cf. ibidem*, puntos resolutive, pp. 43 y 44.

un estado de emergencia y suspensión de las garantías.²⁴ Según los hechos probados relacionados en esta sentencia:

[...] el 6 de febrero de 1993 Luis Alberto Cantoral Benavides fue detenido, sin una orden judicial expedida por una autoridad competente, por agentes de la DINCOTE [...] los miembros de la DINCOTE llegaron a la casa para detener a José Antonio Cantoral Benavides, hermano de Luis Alberto Cantoral Benavides, pero que, al no encontrar al primero, detuvieron al segundo. El hermano mellizo de Luis Alberto Cantoral Benavides, Luis Fernando Cantoral Benavides, acompañó voluntariamente a su hermano a las instalaciones de la policía y fue posteriormente detenido y condenado a 25 años de prisión.²⁵

En cuanto al Estado de emergencia que se encontraba vigente durante la detención de los señores Cantoral Benavides, la Corte nuevamente repite los argumentos expuestos en sentencias anteriores, basada en una de sus opiniones consultivas.²⁶ Asimismo, hace referencia al caso *Castillo Petruzzi y otros*, para sostener que los decretos relativos al delito de terrorismo y traición a la patria contradicen lo dispuesto por la Convención en el sentido de que toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.²⁷

Como consecuencia de las pruebas aportadas y los hechos probados, la Corte concluye que en este caso el Estado peruano violó, en perjuicio de Luis Alberto Cantoral Benavides, varios derechos fundamentales y garantías judiciales indispensables que no pueden ser suspendidas aun en el contexto de un estado de excepción.²⁸

3.5. Caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri* contra Perú, sentencia de 8 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas)

Este caso se refiere a la detención y ejecución arbitraria de los hermanos Emilio Moisés y Rafael Samuel Gómez Paquiyauri, de 14 y 17 años, respectivamente, quienes fueron detenidos la mañana del 21 de junio de 1991, en medio de dos operativos policiales, por agentes de la Policía Nacional del Perú e introducidos en la maletera de una patrulla policial. Los adolescentes fueron ejecutados durante el trayecto que siguieron

²⁴ Corte IDH: caso *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000 (fondo), capítulo VII: "Hechos probados", p. 23.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, p. 32.

²⁷ Corte IDH: caso *Castillo Petruzzi y otros*, cit., § 110.

²⁸ Cf. Corte IDH: caso *Cantoral Benavides*, cit., pp. 33-54.

los policías después de detenerlos. Los cuerpos de ambos fueron ingresados a la morgue aproximadamente una hora después de su captura.

En cuanto a la violación de garantías judiciales no susceptibles de suspensión en los estados de excepción, nuevamente la Corte hizo acopio de dos de sus opiniones consultivas²⁹ y recalcó que no puede alegarse la emergencia como justificación de violaciones a dichas garantías proclamadas por la Convención.³⁰

En la sentencia de este caso, como en otros anteriores —entre ellos *Maritza Urrutia contra Guatemala*³¹ y *Cantoral Benavides contra Perú*, que la sentencia cita—, la Corte señala la prohibición absoluta de la tortura, aun bajo cualquier forma de estado de excepción.³²

Luego del análisis de la prueba incorporada y de los hechos probados, la Corte estableció que en este caso el Estado peruano había violado, entre otros, el artículo 4.1 de la CADH (derecho al respeto de la vida, a su protección legal de ella y a no ser privado arbitrariamente de ella) en relación con el artículo 1.1 (obligación de los Estados de respetar y garantizar los derechos proclamados en la Convención sin discriminación alguna); 8 y 25 (derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, respectivamente), en relación con el artículo 1.1; 19 (derechos del niño); 11 (derecho a la protección de la honra y la dignidad) con relación al artículo 1.1.³³

3.6. Caso Zambrano Vélez y otros contra Ecuador, sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas)

Se refiere a la ejecución extrajudicial de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, supuestamente cometida el 6 de marzo de 1993 en Guayaquil (Ecuador), y la subsiguiente presunta falta de investigación de los hechos. La Com IDH recibió la denuncia el 8 de noviembre de 1994 y presentó la demanda ante la Corte IDH el 24 de julio de 2006.

²⁹ Corte IDH: opinión consultiva OC-8/87: *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías*, cit., y opinión consultiva OC-9/87: *Garantías judiciales en estados de emergencia*, cit.

³⁰ Corte IDH: caso *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004 (fondo, reparaciones y costas), p. 39.

³¹ Corte IDH: caso *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003 (fondo, reparaciones y costas).

³² Corte IDH: caso *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, cit., p. 38.

³³ *Ibidem*, pp. 83-84.

Este es el caso en que la Corte IDH ha tratado con mayor detalle el tema de la suspensión de las garantías judiciales indispensables en los estados de excepción e hizo referencia a varios de los postulados que doctrinariamente rigen dichos estados.

Con relación a los principios de proporcionalidad, temporalidad, excepcionalidad y necesidad, la Corte IDH sostuvo que la suspensión de garantías decretada en este caso sobrepasó la facultad reconocida a los Estados por la CADH en el primer inciso de su artículo 27, por lo que el Estado se allanó a la violación alegada de esa disposición. Además, la Corte dijo que era fundamental recordar que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente *excepcional* para enfrentar *reales situaciones de emergencia*, “*en la medida y por el tiempo estrictamente limitados* a las exigencias de la situación”, y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común.³⁴

En cuanto al principio de intangibilidad de ciertos derechos y su relación con los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, la Corte recaló que el Estado debe *asegurar que las garantías judiciales indispensables* para la protección de los derechos y libertades proclamados por la Convención *se mantengan vigentes* en toda situación, incluidos los estados de excepción. Se refirió a que con anterioridad la Corte había entendido como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales ordinariamente idóneos para garantizar el pleno ejercicio de los derechos y libertades. Dichas garantías están contempladas en los artículos 7.6 y 25.1 de la CADH, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8 de dicha Convención, y también las inherentes a la preservación del Estado de derecho, aun bajo la legalidad excepcional resultante de una suspensión de garantías. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la *necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas* específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales.³⁵

En lo que atañe a los principios de notificación, excepcionalidad e intangibilidad, la Corte en la parte expositiva de la sentencia y en los puntos resolutivos expresó

[...] la obligación que tienen los Estados partes en la Convención Americana bajo el artículo 27.3 es un mecanismo enmarcado en la noción de garantía colectiva subyacente a este tratado, cuyo objeto y fin es la protección del ser humano. Constituye también una salvaguardia para prevenir el abuso de las facultades excepcionales de suspensión de garantías y permite a los otros Estados partes apreciar que los alcances de esa suspensión sean acordes con

³⁴ Cf. Corte IDH: caso *Zambrano Vélez contra Ecuador*, sentencia del 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas), p. 15 (cursivas añadidas).

³⁵ *Ibidem* (cursivas añadidas).

las disposiciones de la Convención. Si se falla en ese deber de información se incurre en incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 27.3. Aun en esta última circunstancia, el Estado no está eximido de justificar la existencia de la situación de emergencia y la conformidad de las medidas dispuestas con respecto a los parámetros legales de la CADH. Debido a esas consideraciones, la Corte declara que el Estado incumplió las obligaciones contenidas en el artículo 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención, en relación con los derechos y obligaciones contenidos en los artículos 1.1, 2, 4, 8.1 y 25 de la misma.³⁶

Este es también uno de los primeros y pocos casos en que la Corte IDH, siendo consecuente con la determinación de infracciones a disposiciones de la CADH que hace en la parte expositiva, establece explícitamente en la parte resolutive la violación de las obligaciones prescritas en el artículo 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención, con relación a los artículos 8.1 y 25, es decir, infracciones a las obligaciones que la CADH impone a los Estados parte cuando estos decreten un estado de excepción, especialmente la salvaguarda de las garantías judiciales indispensables, establecidas por la OC-9/87. Al respecto, en los puntos resolutive de la sentencia expuso que el Estado incumplió las obligaciones relacionadas con la suspensión de garantías, establecidas en el artículo 27.1, 27.2 y 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos y el deber de adoptar disposiciones de derecho interno con respecto a los derechos a la vida, a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los artículos 1.1, 2, 4, 8.1 y 25 de dicho tratado, respectivamente. En consecuencia, el Estado ecuatoriano violó los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la CADH, en relación con las obligaciones de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la misma Convención.³⁷

Si bien el caso *Zambrano Vélez contra Ecuador* es el que más desarrolla determinados principios que delimitan la suspensión de garantías en estados de excepción, en otras sentencias la Corte también ha realizado pronunciamientos importantes acerca de tales principios. En lo que atañe al principio de intangibilidad de ciertos derechos y garantías, en el caso *Tibi contra Ecuador*, la Corte dijo que, si bien existe la posibilidad de suspender, en los términos del artículo 27.2 de la Convención, las garantías judiciales consignadas en el artículo 8, *esta posibilidad no existe en lo que respecta a las garantías indispensables para la tutela de los derechos sustantivos cuya suspensión se prohíbe*, que son

³⁶ Cf. *ibidem*, pp. 20 y 21.

³⁷ *Ibidem*, p. 47.

justamente las aludidas en el artículo 25, como lo ha hecho notar la Corte IDH en opiniones consultivas acerca del amparo y el hábeas corpus y en asuntos contenciosos en los que ha aplicado este criterio.³⁸

En el caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, con relación a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, la Corte ha dicho que, en caso de que el Estado se enfrente con un movimiento insurgente o de terrorismo que amenace verdaderamente su “independencia o seguridad”, de conformidad con el artículo 27 de la Convención, se puede restringir o suspender temporalmente el ejercicio de ciertos derechos humanos *solamente de acuerdo con las estrictas condiciones señaladas en dicho artículo*. El artículo 27.2 de la Convención prohíbe terminantemente la suspensión de ciertos derechos, y por ello las desapariciones forzadas, ejecuciones sumarias y la tortura están prohibidas inclusive en estados de emergencia.³⁹

En cuanto a otros principios generales que deben regir los estados de excepción, en el caso *Reverón Trujillo contra Venezuela* la Corte manifestó que uno de ellos es la independencia judicial, al decir que este constituye uno de los pilares de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y en toda instancia que decida sobre los derechos de la persona. Asimismo, basada en sus previas opiniones consultivas, sostuvo que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.⁴⁰

³⁸ Cf. Corte IDH: caso *Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004 (fondo, reparaciones y costas), voto concurrente y razonado del juez Sergio García Ramírez, pp. 6 y 7 (cursivas añadidas).

³⁹ Cf. Corte IDH: caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, p. 83 (cursivas añadidas).

⁴⁰ Cf. Corte IDH: caso *Reverón Trujillo contra Venezuela*, sentencia del 30 de junio de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), p. 20.

4. Referencias de otros casos contenciosos

Tabla 1.
Sentencias de otros casos contenciosos de la Corte IDH que establecen violaciones a garantías judiciales bajo estados de excepción

Caso	Tipo y fecha de sentencia	Forma de estado de excepción	Disposiciones de la CADH violadas relativas a garantías judiciales	Pp.
Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña contra Bolivia, por desaparición forzada, ejecución extrajudicial y falta de acceso a la justicia	1-9-2010, fondo, reparaciones y costas	Suspensión de garantías constitucionales, bajo la dictadura militar de Hugo Bánzer	8.1 y 25.1; en relación con los artículos 1.1 y 2, y el artículo I.b de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas	39, 40, 57 y 90
Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, por desaparición forzada y ejecución extrajudicial	31-1-2006, fondo	Zona declarada “de emergencia y de operaciones militares”	8.1 y 25, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1	105, 107 y 151
Goiburú y otros contra Paraguay, detención ilegal y arbitraria, tortura, desaparición forzada y falta de acceso a la justicia	22-9-2006, fondo reparaciones y costas	Estado de sitio permanente durante la dictadura militar de Alfredo Stroessner	8.1 y 25, en relación con la obligación general de respetar y garantizar los derechos y libertades establecidos en el artículo 1.1	25, 97
Reverón Trujillo contra Venezuela, independencia judicial, destitución arbitraria de una jueza	30-06-2009, excepción preliminar, fondo reparaciones y costas	“Emergencia judicial”	8.1 y 25.1, en relación con los artículos 1.1 y 2	54
El caracazo contra Venezuela, ejecución extrajudicial, detenciones arbitrarias y falta de acceso a la justicia	11-11-1999, fondo	“Período de excepción”	8.1, 25.1 y 25.2.a., 27.3, en concordancia con los artículos 1.1 y 2	5, 15

5. Conclusiones

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, existe jurisprudencia valiosa sobre las violaciones cometidas por los Estados en cuanto a la prohibición de suspender determinadas garantías judiciales durante los estados de excepción. Dicha prohibición tiene relación con el desarrollo del derecho penal internacional y probablemente con la jurisprudencia presente y futura de la Corte Penal Internacional, en dos sentidos.

Primero, así como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se establece que ningún Estado parte puede alegar como justificación o atenuante de su responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana le imponen, aun bajo un estado de excepción, tampoco debería ser admisible esa alegada defensa para las personas que sean juzgadas por la CPI por la comisión de los crímenes de sus competencia.

Segundo, la Corte Penal Internacional debe respetar y tomar las medidas necesarias para asegurar el pleno goce de las garantías judiciales indispensables que por derecho corresponden a las personas imputadas, independientemente de los crímenes atroces que les sean imputados, puesto que si dichas garantías deben ser resguardadas aun bajo cualquier tipo de emergencia o estado de excepción que impone una legalidad excepcional, con mayor razón deben ser respetadas por un tribunal penal internacional que se rige por la plena legalidad.

En los casos que se analizan en este informe, la Corte Interamericana expresamente ha declarado la violación de varias garantías judiciales indispensables proclamadas por la Convención Americana y determinadas por las opiniones consultivas de la Corte; entre ellas las garantías de hábeas corpus, establecido por el artículo 7.6 en conexión con la prohibición del artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (prohibición de suspender ciertas garantías judiciales bajo estados de excepción); 7.5 (derecho de toda persona detenida a ser llevada sin demora ante un juez o autoridad competente); 9 (principio de legalidad e irretroactividad); 8.1 (derecho a ser oído por un juez dentro de un plazo razonable); 8.2.*b, c, d, f y h* (comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada, medios adecuados para preparar la defensa, derecho de elegir un abogado, derecho de la defensa de aportar prueba testifical y pericial y a interrogar testigos, y derecho a recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior);

8.3 (prohibición de la confesión coactiva); 8.5 (publicidad del proceso); 25 (derecho al amparo judicial mediante un recurso sencillo y rápido), y 7.6 (derecho al hábeas corpus).

Además, en algunos de los casos analizados, la Corte Interamericana ha establecido la violación a las garantías o recurso del hábeas corpus y otras garantías judiciales no susceptibles de suspensión, precisamente por la vigencia de ciertos decretos emanados del poder ejecutivo que, si bien no prohíben explícitamente dicha garantía o recurso, en la práctica lo suspendieron de hecho al privarlo de eficacia.

No obstante esa importante protección con relación al hábeas corpus y otras garantías judiciales, la Corte Interamericana, por lo menos en uno de los casos analizados (*Durand y Ugarte contra Perú*) incurrió en un retroceso y en una contradicción en cuanto a la protección explícita de las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión bajo estados de excepción, ya que, a pesar de reconocer en la parte expositiva de su sentencia la violación del artículo 27.2 de la CADH, que prohíbe la suspensión de varias garantías, en la parte resolutive no avanzó en la proclamación de la violación a dicha disposición.

Sin embargo, en otro caso más recientes (*Zambrano Vélez contra Ecuador*), la Corte ha logrado superar esas incoherencias, ya que tanto en la parte expositiva de sus sentencias como en los puntos resolutive ha determinado que el Estado parte violó una serie de obligaciones que la CADH impone para decretar los estados de excepción, entre ellas la prohibición de afectar las garantías judiciales indispensables que proclama el artículo 27.2 de la Convención (principio de intangibilidad), así como los principios de notificación, excepcionalidad, temporalidad, necesidad y proporcionalidad que deben regir a dichos estados de excepción.

Con este desarrollo cada vez más claro y contundente, es razonable esperar que la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte Interamericana, pueda llegar a influir las decisiones de otros tribunales internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos, en particular la Corte Penal Internacional, en materia de garantías judiciales que no pueden ser suspendidas bajo regímenes de excepción.

BREVES NOTAS SOBRE LA DETENCIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. Según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la detención preventiva es compatible con la presunción de inocencia, no debe atribuírsele un carácter punitivo y debe ser considerada una medida excepcional y proporcional. Cuando la Corte sostiene que la detención se realizará en el marco del principio de presunción de inocencia, debe entenderse que esta no será descartada totalmente, es decir, que la prisión preventiva podrá ser revocada si se desvirtúan los motivos que fundamentaron acordarla. Por su parte, la detención preventiva prevista en el Estatuto de Roma se concibe también como un medio de acción de la CPI para impedir futuros crímenes. En cuanto a la duración de la detención preventiva, si esta tiene como fin garantizar los fines del proceso penal, es obvio que esté subordinada al tiempo que sea necesario para su consecución.

Palabras clave: Corte Interamericana de Derechos Humanos, debido proceso legal, garantías individuales.

ZUSAMMENFASSUNG. Nach Auffassung des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte ist die vorläufige Festnahme mit der Unschuldsvermutung vereinbar, sie darf nicht als Strafe verstanden werden, und sie ist als außerordentliche und verhältnismäßige Maßnahme anzusehen. Wenn der Gerichtshof die Meinung vertritt, dass die Festnahme im Rahmen des Prinzips der Unschuldsvermutung erfolgt, so bedeutet dies, dass diese nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann oder, in anderen Worten, dass die vorläufige Festnahme aufgehoben werden kann, wenn sich die Gründe, die zu ihrer Anordnung führten, als ungültig herausstellen. Die im Römischen Statut vorgesehene vorläufige Festnahme wird darüberhinaus als ein Handlungsinstrument des IStGH verstanden, um weitere Verbrechen zu verhindern. Wenn mit der vorläufigen Festnahme die Absicht verbunden ist,

das Ziel des Strafprozesses zu erreichen, richtet sich ihre Dauer offensichtlich nach der dazu benötigten Zeit.

Schlagwörter: Internationaler Gerichtshof für Menschenrechte, rechtmäßiges Verfahren, individuelle Freiheitsrechte.

ABSTRACT. According to the Inter-American Court of Human Rights, pretrial detention is compatible with the presumption of innocence, it must not be considered a punishment and must be treated as an exceptional measure and applied with a sense of proportion. When the Court holds that detention must be carried out in the context of the presumption of innocence principle, this means that detention will not be completely avoided and that preventive detention may be revoked if the reasons for ordering it cease to be valid. On the other hand, the pretrial arrest established in the Rome Statute is also a mechanism of the ICC for preventing the commission of future crimes. With regard to the period of pretrial detention, if its purpose is to ensure that the criminal proceeding can attain its ends, then it obviously should last only as long as is necessary for that purpose.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights, due process of law, individual guarantees.

1 • Introducción

La Corte IDH ha considerado que la detención preventiva (medida cautelar de coerción) solo procede aplicarla cuando “sea estrictamente necesario”, dentro de un marco general de “tratar al inculpado de manera consecuente con la presunción de inocencia”.¹ Igualmente, ha señalado que la detención preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar a un detenido, de allí su carácter excepcional.² Adicionalmente, la Corte IDH ha sido muy clara al expresar que la detención “es una medida cautelar, no punitiva”;³ por lo tanto, la detención preventiva no puede constituir un adelantamiento

¹ Caso *Bulacio contra Argentina*, sentencia del 18 de septiembre de 2003, fondo, reparaciones y costas, § 129; caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, fondo, reparaciones y costas, § 76; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez contra Ecuador*, sentencia del 21 de noviembre de 2007, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, § 81; caso *Yvon Neptune contra Haití*, sentencia de 6 mayo de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 107.

² Caso *Servellón García y otros contra Honduras*, sentencia del 21 de septiembre de 2006, § 88; caso *Yvon Neptune contra Haití*, cit., § 107.

³ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, fondo, § 77; caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, cit., § 75; caso *Chaparro Álvarez y Lapo Ñiguez*, cit., § 145; caso *Yvon Neptune contra Haití*, cit., § 107; caso *Bayarri contra Argentina*, sentencia de 30 de octubre de 2008, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, § 69.

de la punibilidad. También se afirma que dicha medida está limitada por el “principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática”.⁴ En suma, según la Corte IDH, *la detención preventiva es compatible con la presunción de inocencia; no debe atribuírsele un carácter punitivo, y debe ser considerada una medida excepcional y proporcional*.

Sobre la proporcionalidad, cabe la pregunta: ¿La detención preventiva debe ser proporcional con respecto a qué? Si se afirma que no puede tener carácter punitivo, entonces debe descartarse que su proporcionalidad se refiera a la posible pena a aplicar por el delito enjuiciado. En tal sentido, se afirma que la detención preventiva se vincula con los fines del proceso penal; por lo tanto, la proporcionalidad únicamente podría realizarse entre estos fines y la necesidad de la detención.⁵ Ahora bien, si la detención debe vincularse a los fines del proceso penal, ¿cuáles son estos? Roxin alude, aunque de forma indirecta, a dichos fines cuando expresa que la prisión preventiva tiene tres objetivos, y no otros: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento; 2) garantizar una correcta investigación de los hechos por los órganos de la persecución penal, y 3) asegurar la ejecución penal.⁶ Por lo tanto, la detención preventiva se justifica por una necesidad de aseguramiento del procesado para el logro de los fines señalados. Si dichos fines (presencia del procesado en el procedimiento, correcta investigación de los hechos y aseguramiento de la ejecución penal) pueden lograrse sin necesidad de que el procesado esté detenido, entonces no se justificará la detención. En consecuencia, esta nunca podría fundamentarse en la gravedad de la posible pena a aplicar.⁷

⁴ Caso *Acosta Calderón contra Ecuador*, cit., § 74; caso *Servellón García y otros contra Honduras*, cit., § 88; caso *Yvon Neptune contra Haití*, cit., § 107; caso *Bayarri contra Argentina*, cit., § 69.

⁵ Así, dice Roxin: “[...] el principio constitucional de proporcionalidad [...] exige restringir la medida y los límites de la prisión preventiva a lo estrictamente necesario [...]” (Claus Roxin: *Derecho procesal penal* (trad. de Córdoba y Pastor, revisada por Julio Maier), Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 258.

⁶ *Ibidem*, p. 257.

⁷ En igual sentido, expresa la Com IDH: “[...] la privación provisional de libertad solo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de libertad que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado [...] La seriedad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social. La adopción de una medida cautelar privativa de libertad no debe convertirse así en un sustituto de la pena de prisión” (informe n.º 64/99, caso 11.778, *Ruth del Rosario Garcés Valladares, Ecuador*, 13 de abril de 1999, § 54, 55. También, informe n.º 66/01, caso 11.992, *Dayra María Levoyer Jiménez, Ecuador*, 14 de junio de 2001, § 50, 51).

Por su parte, otra de las características que se le atribuye a la detención preventiva es su excepcionalidad, según la cual solo se puede acordar como último recurso, cuando ya no pueda usarse sobre la persona un medio distinto que garantice los fines del proceso penal.⁸

2. Carácter no punitivo de la detención preventiva y presunción de inocencia

Aparte de las características mencionadas de la detención preventiva, debemos detenemos especialmente en su carácter no punitivo y su compatibilidad con la presunción de inocencia. Así, al afirmarse que la detención preventiva tendrá entre sus fines “asegurar la ejecución penal”, ¿no podría interpretarse este objetivo como una forma solapada de adelanto de la punibilidad? Es innegable que la detención preventiva provoca un efecto en la colectividad, en el sentido de transmitir una sensación de justicia y de que el posible autor del delito será castigado. En todo caso, al admitirse que la detención facilita la referida aplicación de la pena, se acepta implícitamente que esta se aplicará a alguien que precisamente podría ser culpable. ¿Es todo esto compatible con la jurisprudencia de la Corte IDH? En una antigua sentencia sobre el tema, este tribunal sostuvo lo siguiente:

Esta Corte estima que 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 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

⁸ Se afirma que “el procesamiento de una persona solo por excepción fundada en la finalidad del proceso pueda acarrear la prisión preventiva de la misma” (Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Eugenio Zaffaroni [coord]): *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 150. Gómez Colomer se refiere a este carácter excepcional como *proporcionalidad*: “Al tratarse del ataque más grave contra el derecho constitucional de la libertad de movimientos [...], y al infundir carácter durante todo el proceso penal el principio de la presunción de inocencia [...], tanto la normativa internacional y la constitucional española, han desarrollado, al igual que en la República Federal Alemana, la teoría de imponerla solo cuando aparezca conveniente a los fines del proceso penal, conocida por principio de la proporcionalidad, que no se aplica en el proceso penal únicamente respecto a esta medida, pero que aquí adquiere una especial importancia” (“Anotaciones introductorias sobre el proceso penal española”, en Roxin, Arzt y Tiedemann: *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*, Barcelona: Ariel, p. 247).

no eludirá la acción de la justicia, pues *la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva*. Este concepto está expresado en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos y, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general (artículo 9.3). En caso contrario se estaría cometiendo una injusticia al privar de libertad, por un plazo desproporcionado respecto de la pena que correspondería al delito imputado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Sería lo mismo que anticipar una pena a la sentencia, lo cual está en contra de principios generales del derecho universalmente reconocidos.⁹

En el texto se aprecia una importante contradicción. Por un lado, queda claro que la referida presunción de inocencia no puede quedar desvirtuada sino cuando la culpabilidad ha sido plenamente demostrada. Por otra parte, según la Corte IDH en esta sentencia, la prisión preventiva se justifica por razones procesales, para desarrollar eficientemente la investigación penal (no impedir “el desarrollo eficiente de las investigaciones”). Pero, a su vez, se afirma que la detención tiene como fin adicional asegurar que no se “eludirá la acción de la justicia”, y la Corte agrega que se cometería una injusticia si se priva de la libertad a una persona por un *plazo desproporcionado respecto de la pena del delito*. Es decir, la sentencia admite que se detiene preventivamente, si es necesario, para castigar posteriormente (garantizar “la acción de la justicia”), y además afirma implícitamente que la detención debe ser proporcional a la pena aplicable.

Esta contradicción parecería agravarse en otra sentencia que alude a los indicios de culpabilidad para la detención preventiva. Así, afirma la Corte:

[...] para que se cumplan los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, *deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso* y que la detención sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. Al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de esos requisitos exigidos por la Convención.¹⁰

⁹ Caso *Suárez Rosero contra Ecuador*, cit., § 77.

¹⁰ Por todos, caso *Servellón García y otros contra Honduras*, cit., § 90 (cursivas añadidas). Incluso, esta exigencia se nota expresamente en los criterios de la Com IDH : “La Comisión considera que la presunción de culpabilidad de una persona no solo es un elemento importante, sino una condición ‘sine qua non’ para continuar la medida restrictiva de la libertad” (informe n.º 2/97, casos 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248, 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263, 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, y 11.504, Argentina, 11 de marzo de 1997, § 26).

Además, en la sentencia transcrita se vuelve a insistir en que la detención evita que se eluda la “acción de la justicia”.

Esta exigencia de culpabilidad parece indicar que sí existe una relación muy estrecha entre la detención y el hecho punible cometido, en el sentido de que aquella se aplica a alguien que muy probablemente pueda ser responsable del hecho y no a cualquier investigado. ¿Significa esto un adelanto de punibilidad? No necesariamente, si se entiende esta exigencia como una forma de restricción razonable de los posibles sujetos a ser detenidos. En efecto, no exigir los indicios de culpabilidad conllevaría necesariamente que cualquier simple sospecha sobre la persona imputada de un delito, e incluso la sola imputación, fundamenten la detención de la persona investigada para garantizar los referidos fines del proceso penal. Al respecto, afirma la Corte IDH:

Para esta Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos y articulados con palabras esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, solo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio [...].¹¹

Es de señalar que en este caso el derecho procesal penal no hace otra cosa que repetir el criterio del derecho procesal civil cuando, para acordar una medida cautelar — por ejemplo, el embargo sobre bienes—, exige indicios de la veracidad de la pretensión. Por otra parte, a los efectos de garantizar la buena marcha del proceso penal es obvio que solo aquel sujeto enjuiciado, que muy probablemente sea responsable del hecho, es quien tendría un natural interés en entorpecerlo, en tergiversar la investigación y en eludir la pena. Solo desde esta perspectiva se entiende la necesidad de exigir indicios de culpabilidad para acordar la detención preventiva.

Es importante detenernos en cómo entiende la Corte IDH el término *culpabilidad*. En otra sentencia, la Corte sostiene que los indicios para dictar la detención deben referirse a la “participación” en el crimen, sin emplear el término *culpabilidad*:

La Corte ha establecido que para restringir el derecho a la libertad personal a través de medidas como la prisión preventiva deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso haya *participado* en el ilícito que se investiga.¹²

¹¹ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, cit., § 103.

¹² *Ibidem*, § 101 (cursivas añadidas).

En igual sentido, afirma *Roxin*, comentando la legislación alemana:

[...] debe existir un alto grado de probabilidad [...] de que el imputado ha cometido el hecho y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad [...].¹³

Es llamativo que este autor aluda a una probabilidad de comisión del hecho, más que a una relación de culpabilidad, aunque agrega que debe existir la probabilidad de existencia de “todos los presupuestos de la punibilidad”, es decir, de los elementos del delito.

Desde mi punto de vista, si se exigen indicios de *culpabilidad* para decretar la detención preventiva (el llamado *fumus delicti*), tal requisito debe traducirse como equivalente a elementos de convicción para estimar que el imputado ha sido autor o partícipe. Dicha autoría no implica una simple relación material con el hecho, sino, por el contrario, un vínculo valorativo con él, en el sentido de que al autor se le pueda imputar el hecho como suyo:

El autor es un sujeto que se encuentra en una relación especialmente importante respecto de alguno de los hechos previstos como delitos en la Parte Especial o que constituyen fases de imperfecta ejecución de los mismos. Según la doctrina dominante, dicha relación especial concurre cuando el sujeto *realiza como propio* algunos de los hechos mencionados. Autor es, en este sentido, el sujeto a quien se puede imputar uno de tales hechos *como suyo*.¹⁴

En conclusión, *no se exige la simple relación material entre una persona y un hecho, sino una relación de imputación; por lo tanto, que los elementos de convicción lleven a pensar de forma verosímil que la persona podría ser responsable del hecho*. Culpabilidad en este sentido implica responsabilidad. Visto así, considero que las sentencias citadas de la Corte IDH que usan los términos *culpabilidad* y *participación* no son contradictorias, ya que la palabra *participación* referida en la segunda sentencia debe entenderse igualmente como relación de imputación. Es decir, no basta la prueba de una simple intervención causal en el hecho para acordar la detención preventiva, sino que se requiere una auténtica relación valorativa entre la persona que interviene y el hecho realizado. Por lo tanto, si los indicios llevan a la conclusión de que alguien intervino en el hecho bajo una causa

¹³ *Ibíd*em, p. 259.

¹⁴ Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2008, p. 368.

de justificación (verbigracia, la legítima defensa) o que no existe imputación objetiva del hecho al autor, no podría ejecutarse una detención preventiva sobre la persona.

Sin embargo, queda un punto por dilucidar: el de la compatibilidad entre la exigencia de probabilidad de culpabilidad y el principio de presunción de inocencia que sostiene la Corte IDH reiteradamente en sus sentencias.¹⁵ Si la detención no tiene naturaleza punitiva y el detenido se presume inocente, según expresa la Corte, ¿por qué se exigen indicios de culpabilidad para acordar la detención? Creo que la presunción de inocencia en la cual se debe enmarcar la detención preventiva significa únicamente que la *prisión cautelar podrá ser revisada constantemente*, es decir, que *no se trata de una decisión definitiva* que prive de la libertad a la persona. Cuando la Corte IDH sostiene que la detención tiene que realizarse en el marco del principio de presunción de inocencia, debe entenderse que esta no sea descartada totalmente, es decir, que la prisión preventiva pueda ser revocada si se desvirtúan los motivos que fundamentaron acordarla. Se trata de un exclusivo carácter procesal de la presunción de inocencia.

Solo así, desde mi punto de vista, sería compatible la exigencia de indicios de culpabilidad con dicho principio. Esta conclusión se confirma cuando la Corte IDH expresamente se pronuncia sobre la revisión de la detención preventiva:

[...] los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente si las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional.¹⁶

Es de resaltar que la Com IDH vincula la presunción de inocencia también al tiempo de duración de la medida, en el sentido de que una detención muy larga desvirtuaría dicho principio:

La duración excesiva de dicha medida origina el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia. Esta se torna cada vez más difícil de afirmar, ya que se está privando de

¹⁵ Por su parte, pareciera que para la Com IDH no existe dicha contradicción. Así, expresa: "En efecto, el principio de inocencia implica que la privación de libertad de una persona con carácter preventivo, suponga [...] la gran probabilidad de la existencia de un hecho punible atribuible al imputado o, con palabras distintas pero con sentido idéntico, la probabilidad de una condena [...]" (informe n.º 66/01, caso 11.992, cit., § 45).

¹⁶ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, cit., § 117; caso *Yvon Neptune contra Haití*, cit., § 108; caso *Bayarri contra Argentina*, cit., § 76. Incluso afirma la Com IDH: "En efecto, el principio de inocencia implica que, en el caso de resultar necesaria la privación de la libertad durante el transcurso de un proceso, la posición jurídica del imputado sigue siendo la de un inocente [...]" (informe 66/01, caso 11.992, cit., § 44).

su libertad a una persona que legalmente todavía es inocente, y en consecuencia está sufriendo el castigo severo que la ley reserva a los que han sido efectivamente condenados.¹⁷

3. La detención preventiva en el Estatuto de Roma (comparación con la jurisprudencia de la Corte IDH)

Al respecto, resulta interesante la regulación de la detención preventiva del Estatuto de Roma, la cual contempla en su artículo 58.1, como uno de los requisitos para acordarla:

iii) En su caso, impedir que la persona siga cometiendo ese crimen o un crimen conexo que sea de la competencia de la Corte y tenga su origen en las mismas circunstancias.

Obviamente, este requisito a primera vista es contradictorio con el principio de presunción de inocencia que debe enmarcar la detención preventiva (según sostiene la CIDH). Parece claro que en la filosofía del Estatuto la detención preventiva no está concebida únicamente como un medio para garantizar las resultas del proceso, sino que también podría cumplir un claro fin de prevención (¿especial?) o de *defensa social*. La detención preventiva prevista en el Estatuto opera como una auténtica medida preventiva, policial, como una actividad de evitación de futuros delitos. Ello contradice evidentemente la jurisprudencia de la Corte IDH, la cual de manera expresa ha señalado que la detención preventiva no puede cumplir fin de prevención alguno. Así, expresa la Corte:

[...] la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que solo se puede fundamentar, como se señaló anteriormente [...], en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia.¹⁸

¹⁷ Informe n.º 2/97, 11 de marzo de 1997, cit., § 47. Y agrega ese informe en su párrafo 49: "Si se dedica un período de tiempo ilimitado a la resolución de una cuestión criminal, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables, y en consecuencia, carecería de importancia el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad. Las normas internacionales son muy claras respecto a que el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad".

¹⁸ Caso *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez contra Ecuador*, cit., § 103.

Por lo tanto, para la Corte IDH solo el peligro de elusión de la justicia y el de impedir el procedimiento son motivos legítimos para acordar la detención preventiva. Descarta la Corte que aquella pueda basarse en fines de prevención general o especial.¹⁹

Por su parte, la Com IDH ha sido más ambigua en este aspecto, hasta el punto de haber señalado en una opinión lo siguiente:

Quando las autoridades judiciales evalúan el peligro de reincidencia o comisión de nuevos delitos por parte del detenido, deben tener en cuenta la gravedad del crimen. Sin embargo, *para justificar la prisión preventiva, el peligro de reiteración debe ser real y tener en cuenta la historia personal y la evaluación profesional de la personalidad y el carácter del acusado. Para tal efecto, resulta especialmente importante constatar, entre otros elementos, si el procesado ha sido anteriormente condenado por ofensas similares, tanto en naturaleza como en gravedad [...]* La Comisión reconoce que *en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto periodo, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar.* Cabe enfatizar que para que constituya una justificación legítima, dicha amenaza debe seguir siendo efectiva mientras dure la medida de restricción de la libertad del procesado [...] En todos los casos en que se invoque la preservación del orden público para mantener a una persona en prisión preventiva, el Estado tiene la obligación de probar en forma objetiva y concluyente que tal medida se justifica exclusivamente con base en esa causal.²⁰

Resulta elocuente como la Comisión reconoce expresamente que la detención preventiva puede cumplir un fin preventivo, incluso de prevención general, entendida esta como el efecto que se produce en el colectivo con la aplicación de la referida detención.²¹

En todo caso, la detención preventiva prevista en el Estatuto de Roma se concibe, de forma evidente, como un medio de acción de la CPI para impedir futuros crímenes. No se limita a asegurar la presencia del investigado en el juicio ni a evitar el

¹⁹ Queda claro en la sentencia referida que la Corte exige como condición necesaria para la detención preventiva que exista un "conocimiento suficiente" para llevar a la persona a juicio. Por lo tanto, siempre se parte de la idea de que el sujeto podría ser culpable de un delito, como señaló.

²⁰ Informe n.º 2/97..., Argentina, 11 de marzo de 1997, cit., § 32, 36 y 37 (cursivas añadidas).

²¹ Al respecto, afirma Bacigalupo que la prisión provisional infringe la presunción de inocencia cuando se utilice para fines de prevención general, propios de la pena: "[...] las únicas finalidades que pueden justificar la prisión provisional son de carácter procesal: la sustracción del inculpado a la justicia, el peligro de tal sustracción o el peligro de obstrucción de la investigación mediante destrucción o falsificación de medios de prueba o mediante su influencia en testigos, peritos, etc." ("Principios constitucionales del proceso penal y su aplicación en la fase de instrucción", en, del mismo autor, *Justicia penal y derechos fundamentales*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 178).

entorpecimiento del proceso por el investigado.²² Al entenderlo de esta manera, resulta mucho más claro, con relación a la doctrina de la Com IDH, que la medida cautelar referida presupone necesariamente una presunta culpabilidad del enjuiciado.²³

4 ● Sobre la duración razonable de la detención preventiva

Para finalizar este breve trabajo sobre la detención preventiva en la jurisprudencia de la Corte IDH, aludiré a la duración de esta medida. Al respecto, el tribunal interamericano se refiere a un *plazo razonable*:

El artículo 7.5 de la Convención Americana garantiza el derecho de toda persona detenida en prisión preventiva a ser juzgada dentro de un plazo razonable o ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Este derecho impone límites temporales a la duración de la prisión preventiva, y, en consecuencia, a las facultades del Estado para proteger los fines del proceso mediante este tipo de medida cautelar. Cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparencia al juicio, distintas a la privación de su libertad mediante encarcelamiento. Este derecho impone, a su vez, una obligación judicial de tramitar con mayor diligencia y prontitud aquellos procesos penales en los cuales el imputado se encuentre privado de su libertad.²⁴

Al respecto la Com IDH ha establecido que la mencionada razonabilidad de la detención solo puede establecerse caso por caso.²⁵ No obstante, en otro Informe la propia Comisión se ha atrevido a fijar un criterio material, y concreto, sobre la razonabilidad del lapso de detención:

²² En tal sentido, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la CPI, con base en “motivos razonables”, ordenó la detención de Omar Al Bashir, presidente de Sudán, para que, entre otras razones, “no siga cometiendo los crímenes” que se le atribuyeron (ICC-02/05-01/09, del 4 de marzo de 2009; ICC-02/05-01/09, del 12 de julio de 2010).

²³ Es de señalar que la Sala de Apelaciones de la CPI consideró en el caso *Al Bashir* que el “motivo razonable para creer” que la persona cometió el crimen, como fundamento de la orden de detención de un procesado, implica una prueba mucho menor que la exigible para confirmar los cargos en contra de un enjuiciado o declarar su culpabilidad en los hechos (ICC-02/05-01/09-OA, del 3 de febrero de 2010, § 30).

²⁴ Por todas, caso *Bayarri contra Argentina*, cit., § 70.

²⁵ Así, informe n.º 66/01, caso 11.992, cit., § 49; informe n.º 64/99, caso 11.778, cit., § 53. En este último informe se añade: “En cuanto a la razonabilidad de la duración de la medida cautelar, esta Comisión y la Corte Interamericana han desarrollado jurisprudencia que señala que la razonabilidad del plazo de duración del proceso debe ser evaluada a la luz de la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales” (§ 57).

Sin embargo, la Comisión considera que se puede fijar un criterio rector, indiciario, que configure una guía a los fines de interpretar cuándo se ha cumplido el plazo razonable. En este sentido, luego de un análisis de las legislaciones penales de los países del sistema, la Comisión estima bastante el cumplimiento de las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado. Esto no autoriza al Estado a mantener en prisión preventiva a una persona por ese término sino que constituye un límite, superado el cual se presume *prima facie* que el plazo es irrazonable. Ello no admite una interpretación *a contrario sensu* en el sentido de que, por debajo de ese límite, se presuma que el plazo sea razonable. En todo caso habrá que justificar, debidamente y de acuerdo a las circunstancias del caso, la necesidad de la garantía [...] En el supuesto en que se haya superado ese término, esta justificación deberá ser sometida a un examen aun más exigente [...] Por lo tanto, según la CIDH, la detención preventiva está limitada en el tiempo, y su aplicación esté subordinada a la imposibilidad de utilizar una medida menos lesiva.²⁶

Igualmente, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos se pronunció, hace ya algunos años, sobre el lapso razonable de la detención preventiva:

Sin embargo, al menos en cuanto a duración, los documentos internacionales de Derechos Humanos son suficientemente claros: la prisión preventiva debe ser razonable. ¿Qué límite temporal tiene la racionalidad? Consideramos que *cuando un procesado lleva en prisión preventiva la mitad del tiempo que pudiera corresponderle por el delito, una elemental razón de equidad debe hacer viable la excarcelación, puesto que sería irracional y ampliamente violatorio del principio de legalidad lo contrario [...]* En cualquier caso, cualquiera sea la amenaza de pena, cuando un proceso con detenido dure dos años, puede no ser razonable, pero conforme a la experiencia media judicial del área (sc. América Latina), debe ser admitido como límite máximo [...] este límite máximo de dos años creemos que señala el máximo tolerable para los instrumentos de Derechos Humanos, pero que lo ideal, en cualquier caso, sería llegar a un máximo que nunca supere los cuatro meses de prisión preventiva. En este sentido sería bueno que las constituciones incorporasen como principio que el máximo de la prisión preventiva no debe superar los cuatro meses. No obstante, en tanto se adecuen los procesos penales a ese límite máximo, este podría ser superior (aunque nunca excediendo de dos años, que sería ya violatorio de Derechos Humanos), pero que, a medida que las leyes procesales vayan disminuyendo los límites máximos no puedan luego otras leyes volver a extenderlos, con lo cual se consagraría constitucionalmente un límite de reducción progresiva de la prisión preventiva, análogo al de la abolición progresiva de la pena de muerte establecida en la Convención Americana [...].²⁷

²⁶ Informe n.º 35/07, caso 12.553, Jorge y José Dante Peirano Basso, República Oriental del Uruguay, 1 de mayo de 2007, § 136.

²⁷ Instituto Interamericano de Derechos Humanos: o. cit., pp. 147 y ss (cursivas añadidas).

Si la detención preventiva tiene como fin garantizar el fin del proceso penal, es obvio que está subordinada al tiempo que sea necesario para la consecución de dichos fines. No obstante, la exigencia de un lapso para la detención preventiva se explica precisamente en razón de un derecho fundamental que rige todo el proceso penal: el del juzgamiento en un plazo razonable.

La razonabilidad de la detención la fija el informe citado del IIDH en dos años, según lo que ocurría en la realidad latinoamericana en la década de los ochenta. En cambio, la Com IDH expone el criterio de “las dos terceras partes del mínimo legal previsto para el delito imputado”. Desde mi punto de vista, resulta imposible fijar de antemano un lapso razonable de detención, precisamente porque ella está subordinada a los fines del proceso penal, es decir, a asegurar la presencia del imputado en el juicio, a evitar el entorpecimiento de la investigación y a garantizar la ejecución penal. Por lo tanto, la duración razonable depende de cada proceso, según su complejidad y la necesidad de la detención. Es aquí donde la proporcionalidad de la prisión preventiva tiene un papel primordial. La prisión preventiva también debe ser proporcional con relación al tiempo del proceso, siempre suponiendo que ella sea esencial para el logro de los fines de este.

En todo caso, los dos criterios concretos señalados podrían entenderse como una matización de carácter político-criminal a una concepción netamente procesal de la detención preventiva. Queda preguntarse si tales correctivos político-criminales pueden incorporarse al proceso penal, como se admite mayoritariamente en el derecho penal sustantivo.

LA IDEOLOGÍA PENAL DE CIERTOS PRONUNCIAMIENTOS DE LOS ÓRGANOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: ¿GARANTÍAS PARA EL IMPUTADO, PARA LA VÍCTIMA O PARA EL APARATO REPRESIVO DEL ESTADO?

Daniel R. Pastor

RESUMEN. La perversa impunidad de crímenes gravísimos perpetrados por los Estados terroristas latinoamericanos llevó al régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos a inventar unas prerrogativas penales prioritarias para las víctimas que no están previstas en la Convención Americana y que se traducen en el correspondiente deber estatal de investigar esos hechos, enjuiciar a los sospechosos y reprimir penalmente a los culpables. Esto supone, en caso de conflicto, una inevitable cancelación de innumerables garantías del acusado que sí están previstas expresamente en la Convención Americana. El resultado de este cambio de ideología penal no se refleja tanto en la mejor protección de las víctimas como en un incremento del otrora más y mejor limitado poder de fuego del aparato punitivo estatal.

Palabras clave: debido proceso legal, garantías constitucionales, crímenes de lesa humanidad.

ZUSAMMENFASSUNG. Die perverse Straffreiheit für die von den Terrorstaaten Lateinamerikas begangenen Schwerstverbrechen hat das interamerikanische System zur Überwachung der Menschenrechte dazu veranlasst, bestimmte strafrechtlich prioritäre Vorrechte für die Opfer zu erfinden, die in der Amerikanischen Konvention nicht vorgesehen sind und die in der Verpflichtung des Staates zum Ausdruck kommen, diese Vorgänge zu untersuchen, die Verdächtigen vor Gericht zu stellen und die Schuldigen zu bestrafen. Bei Konflikten führt das unweigerlich zur Aufhebung zahlloser Garantien für die Angeklagten, die allerdings ausdrücklich in der Amerikanischen Konvention enthalten sind. Das Ergebnis dieses veränderten grundsätzlichen Strafansatzes kommt nicht so sehr in einem verbesserten Opferschutz als vielmehr in einer Stärkung der vorher enger und besser begrenzten Schlagkraft des staatlichen Strafapparats zum Ausdruck.

Schlagwörter: Rechtmäßiges Verfahren, von der Verfassung garantierte Freiheitsrechte, Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

ABSTRACT. The unacceptable impunity of very serious crimes perpetrated by terrorist States in Latin America led the Inter-American human rights monitoring system to confer on the victims special privileges which are not established in the American Convention and which entail the States' obligation to investigate those events, prosecute the suspects and punish the offenders. In cases of conflict, this leads inevitably to the cancellation of countless rights of the accused which are enshrined in the American Convention. The consequences of this ideological change do not mean an improved protection for victims but rather an increased firing power of the punitive apparatus of the States, which formerly was limited in a more effective manner.

Keywords: due process of law, constitutional guarantees, crimes against humanity.

1 • El problema

Este trabajo se propone, con muchas limitaciones obviamente, aportar un puñado de reflexiones que persiguen un posible perfeccionamiento de la valiosa tarea que en defensa de los derechos humanos cumplen los sistemas de control internacional del respeto de esas prerrogativas individuales. Me concentraré en el denominado *sistema interamericano* y en ciertos pronunciamientos de los órganos de ese régimen. Aquí van a ser descritas ciertas prácticas de ese modelo en las que se perciben circunstancias que, a juicio de este autor, son altamente problemáticas desde el punto de vista penal y que, por tanto, resultan dignas mención con la esperanza de que sean modificadas.

El análisis está restringido, como se mencionó, a las manifestaciones de ese sistema en materia penal y, dentro de este ámbito, ante todo al tratamiento llevado a cabo respecto de crímenes internacionales. Por tales, según los pronunciamientos en estudio, se entiende a varias figuras típicas del derecho penal internacional (especialmente delitos contra la humanidad y crímenes de guerra), pero serán analizadas también las opiniones y decisiones relativas a casos de hechos punibles que, a juicio de esos pronunciamientos, constituyen otras graves violaciones de los derechos humanos; esto último debido a que, aun cuando no se pueda saber seriamente cuáles son, el sistema interamericano las ha

equiparado a los crímenes internacionales en todas sus consecuencias, que se engloban en el *principio de prohibición de impunidad*.¹

Focalizado de este modo el objeto de estudio, la tarea a desarrollar ahora consiste en plantear un diálogo entre la ideología penal que informa todo sistema de derechos fundamentales y la que es sostenida por el sistema interamericano de derechos humanos para crímenes internacionales y otras lesiones relevantes de los derechos humanos. Considero que al respecto existe un preocupante divorcio.

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Com IDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) han desplegado, en materia de delitos comunes, un valiosísimo trabajo para asegurar los derechos humanos del imputado.² Este personaje es desde siempre el objeto central de protección de los derechos fundamentales en los casos penales. La rica tarea del sistema interamericano, que debe ser calurosamente destacada y felicitada, ha mejorado sin lugar a dudas la posición jurídica de todos los acusados de crímenes ordinarios en su ámbito de influencia.³ Son ya célebres las opiniones y decisiones de la Comisión y de la Corte que han afianzado cabalmente las prerrogativas jurídicas del inculpado en innumerables materias: derecho al debido proceso,⁴ derecho a un tribunal imparcial,⁵ derecho a ser juzgado en un plazo razonable,⁶ derecho a permanecer en libertad durante el

¹ Silva Sánchez sostiene que este fenómeno actual, vinculado al derecho penal autoritario, se basa en la idea de que ningún delito debe quedar impune y lo prueba con las afirmaciones de Carl Schmitt que postulaban, en los tiempos del nacionalsocialismo, abandonar, por liberal, el principio *nullum crimen* y establecer un principio de ningún crimen sin castigo (véase Jesús Silva Sánchez: "¿Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'ucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, n.ºs 86-87, Bogotá, 2008, p. 150).

² Me he de referir a este sujeto del proceso penal, indistintamente y sin más precisiones técnicas, también como *acusado e inculpado*.

³ Esta labor de protección del imputado como misión central del derecho internacional de los derechos humanos ha sido descrita correctamente como un poner "límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad" (Juan E. Méndez: "Justicia Penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", en *Revista Jueces para la Democracia*, Madrid, 2004, n.º 49, p. 88). En el trabajo citado es expuesto el desarrollo de los pronunciamientos del sistema interamericano para asegurar el respeto de los derechos humanos del imputado, a saber, "las decisiones de la Corte y de la Comisión interamericanas sobre derechos humanos en la *represión del delito*" (p. 83, cursivas añadidas).

⁴ Corte IDH: *Garantías judiciales en estados de emergencia*, opinión consultiva n.º 9-87, del 6 de octubre de 1987; sentencia del caso *Hilarie, Constantine y Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, del 21 de junio de 2002, § 146-152.

⁵ Corte IDH: *Ivcher Brostein contra Perú*, sentencia del 6 de febrero de 2001, § 111-116; *Herrera Ulloa contra Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, § 169-175.

⁶ Corte IDH: *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 70-75; *Tibi contra Ecuador*, sentencia del 7 de septiembre de 2004, § 167-177; *Acosta Calderón contra Ecuador*, sentencia del 24 de junio de 2005, § 103-108. También Informe de la Com IDH n.º 2-97 en el caso n.º 11.499.

enjuiciamiento,⁷ derecho a la invalidez de las pruebas obtenidas en violación del principio *nemo tenetur*,⁸ derecho a la congruencia entre acusación y sentencia,⁹ derecho amplio de defensa,¹⁰ derecho a la motivación de la sentencia,¹¹ derecho de recurrir el fallo ante un tribunal superior,¹² en fin, derecho a condiciones humanas y dignas de detención.¹³

En esto, el sistema ha cumplido con lo que se espera de él, a saber: que reconozca, incluso por su lectura, el extenso elenco de derechos del acusado que contienen los catálogos nacionales e internacionales de derechos humanos y haga que los tribunales penales los cumplan de modo riguroso.¹⁴ Esto es algo que, aunque sea trivial por lo recién mencionado y parezca un traslado forzoso de lechuzas a Atenas, debe ser saludado y bienvenido. Hay hasta aquí una perfecta y maravillosa sintonía entre la ideología penal de los derechos humanos y las opiniones y decisiones del sistema interamericano.

La metamorfosis se produce al enfrentarse el régimen interamericano con casos de crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos. Llegados a este punto, parecería que el sistema cambiara de constitución, pues los extensos y expresos derechos del imputado son devaluados y superados por unos derechos de las víctimas¹⁵ que no están previstos explícitamente ni por los catálogos de derechos

⁷ Corte IDH: *Suárez Rosero contra Ecuador*, cit., § n.º 77; *López Álvarez contra Honduras*, sentencia del 1 de febrero de 2006; *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, § 69-77. Com IDH: Informe n.º 35-07 en el caso n.º 12.553, *Jorge, José y Dante Peirano Basso* (Uruguay), de 1 de mayo de 2007.

⁸ Comisión IDH: Informe n.º 2-99 en el caso n.º 11.509, *Manuel Manríquez* (México) de 23 de febrero de 2009, § 62-85.

⁹ Corte IDH: *Fermín Ramírez contra Guatemala*, sentencia del 20 de junio de 2005, § 65-80.

¹⁰ Corte IDH: *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999; *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000; *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva n.º 17-02, del 28 de agosto de 2002, § n.º 132; *Tibi contra Ecuador*, cit., § 183-200; Com IDH: Informe n.º 50-00 en el caso n.º 11.298, *Reinaldo Figueredo Planchart contra Venezuela*, del 13 de abril de 2000, § n.º 127; Informe n.º 49-01, del 4 de abril de 2001 en el caso *Lamey, Leroy; Mykoo, Kevin; Montique, Milton y Daley, Dalton v. Jamaica*, § n.º 214.

¹¹ Corte IDH: *Apitz Barberá y otros contra Venezuela*, sentencia del 5 de agosto de 2008, § 87 ss.

¹² Corte IDH: *Herrera Ulloa*, cit.; Com IDH: Informe n.º 17-94, del caso *Maqueda* (Argentina).

¹³ Corte IDH: *Raxcacó Reyes contra Guatemala*, sentencia del 15 de septiembre de 2005, § 94-102. Com IDH: información detallada de la *Relatoria sobre los derechos de las personas privadas de libertad*, en <<http://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/default.htm>>. Asimismo, más detenidamente sobre los casos más importantes acerca del afianzamiento de los derechos fundamentales del imputado mediante los pronunciamientos del régimen interamericano, véase Méndez: o. cit., pp. 82 ss.

¹⁴ "Si un Estado es parte de este sistema, las recetas de «mano dura» contra el delito, como la reintroducción o la ampliación de la pena capital, los atajos procesales para garantizar condenas, o la prohibición de la excarcelación, por citar algunos ejemplos, chocarán contra estos principios obligatorios en materia de derechos humanos internacionalmente reconocidos" (Méndez: o. cit., pp. 88 s.).

¹⁵ Por *víctima* me refiero en este texto —de modo imperdonablemente simplificado y sin las importantes precisiones técnicas que serían necesarias pero que por falta de espacio no es posible de efectuar aquí— a quien aparece en el proceso penal como posible sujeto pasivo de un delito, conceptualización general que engloba indistintamente las voces *ofendido*, *damnificado*, *querellante*, *acusador particular*, etcétera, que son usuales, con sus matices, en las diversas legislaciones y en la literatura especializada. La preferencia por la expresión *víctima* está determinada de forma práctica por ser la designación empleada en los pronunciamientos en análisis,

humanos ni, mucho menos, por la ideología penal que preside todo derecho de los derechos humanos.¹⁶ Aparecen así en el curso de la escena del enjuiciamiento penal los derechos humanos de las víctimas a la investigación de los hechos, al descubrimiento de la verdad, a la imprescriptibilidad de los delitos, a que no sean objeto de ningún tipo de amnistía, a que los acusados no puedan invocar la cosa juzgada ni el *ne bis in idem*, a que los culpables sean condenados rápidamente y a que ninguna circunstancia se oponga a la realización de los procesos y a la aplicación de las penas que correspondan.¹⁷ Todo esto puede ser también bienvenido, especialmente porque implica en casi todos los casos que se haga justicia respecto de crímenes gravísimos históricamente relegados a la más perversa impunidad, pero sin lugar a dudas no tiene nada que ver con la ideología penal que justifica el origen y la existencia de los derechos humanos frente a los aparatos represivos estatales, debido a que estos pronunciamientos han impuesto un poder punitivo de “mano dura”, de “tolerancia cero”, que es incompatible con todo sistema, nacional o internacional, de derechos fundamentales o humanos.¹⁸

No hay nada más evidente, sencillo y rentable para un jurista, desde todo punto de vista, que afirmar que los crímenes deben ser castigados para que en el mundo prevalezca la justicia y reine la paz. Solo para los penalistas escépticos o para los abolicionistas lo afirmado precedentemente resulta incomprensible. Si esos crímenes, además, son los

aunque es la más desafortunada de todas para designar la participación de este sujeto en el proceso, dado que justamente solo cuando el proceso termina definitiva e irrevocablemente es posible saber si en realidad hay una víctima en sentido jurídico-penal; hasta ese momento su estatus es esencialmente refutable, mientras que la condición de imputado resulta adecuada durante todo el proceso (véase Silva Sánchez: o. cit. [nota 1], pp. 170 ss.; y Urs Kindhäuser: “La posición del damnificado en el proceso penal”, en Hans-Jörg Albrecht et al. [comps.]: *Criminalidad, evolución del derecho penal y crítica al derecho penal en la actualidad*, Buenos Aires, 2009, p. 144).

¹⁶ Un exposición pormenorizada de esta tendencia del sistema interamericano, con un fino análisis crítico efectuado desde la teoría de los derechos fundamentales y desde los principios del derecho procesal penal de la democracia, puede verse en Alberto Nanzer: “La satisfacción de la víctima y el derecho al castigo”, en Daniel Pastor (dir.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2009, pp. 353 ss. Este trabajo constata, de entrada (p. 353) lo cuestionable que es el reconocimiento de derechos humanos de la víctima al proceso y al castigo, el carácter vago del fundamento de esta asignación jurídica y la interpretación desmesurada de la Convención en la cual ello se basa, con más argumentos, acerca del carácter jurídicamente imprevisto de estos derechos, en pp. 360 ss.

¹⁷ Así en la jurisprudencia de la Corte IDH desde la sentencia *Velásquez Rodríguez*, del 29 de julio de 1988, hasta la reciente sentencia *Guerrilha do Araguaia*, del 24 de noviembre de 2010. Más detalladamente sobre estos derechos, véase Silva Sánchez: o. cit. (nota 1), pp. 154 ss.; y Nanzer: o. cit., pp. 354 ss., 360 ss. Ejemplos más concretos de esta tenencia son expuestos y discutidos más adelante en este trabajo.

¹⁸ En la base de esta construcción está la idea de no interpretar más lo penal como *Magna Charta* del delincuente (von Listz), sino como *Magna Charta* de la víctima (véase Jesús Silva Sánchez: *La expansión del derecho penal*, Madrid, 2.ª edición, 2001, p. 54, con cita de Hillenkamp). Este autor señala también, en la misma obra, pp. 42 ss., que los miembros de las sociedades actuales se identifican más con las víctimas de los delitos que con los autores.

más graves que uno pueda imaginarse, tal como sucede con los crímenes internacionales y las graves violaciones de los derechos humanos, la afirmación puede ser vista como un principio de derecho penal de características perfectas, algo así como un canon irrefutable que fundamenta el mejor modelo posible de justicia.

Eso sería siempre así si los acusados de haber cometido esos hechos no tuvieran ninguna protección jurídica. Entonces sí que los ideales de justicia penal para acabar con la impunidad y asegurar la paz no encontrarían inconveniente alguno en su camino. Pero el derecho, también el internacional, considera igualmente que toda persona acusada de un hecho punible, de cualquier crimen, tiene derechos y garantías inherentes a su dignidad que deben ser respetados como único modo de llegar a una sentencia condenatoria de calidad jurídicamente aceptable para que en ese caso no haya una impunidad ilegítima. Estos derechos del acusado frente a la justicia penal son particularmente intensos en los instrumentos internacionales de derechos humanos aparecidos después de la Segunda Guerra Mundial. Ello se mantiene en pie aunque el acusado sea un asesino serial contra la humanidad. Parece haber una única excepción al respecto en esos catálogos de derechos humanos.¹⁹

Si, por el contrario, hubiera que reconocer un régimen jurídico especial para víctimas excelentes e imputados muy impopulares, mejor sería no tener más derecho. Afortunadamente no hay nada de eso en el estado actual de nuestra civilización jurídica, la cual, por medio del derecho, establece que toda víctima es una víctima y que todo acusado es un acusado. Una advertencia adicional, que todavía debe ser efectuada para despejar toda confusión, reza: todos los imputados, igual que todas las víctimas, deben ser tratados con los mismos criterios: los asesinos del derecho común y los del derecho penal internacional, los desposeídos de siempre que cometen crímenes de subsistencia y los funcionarios públicos corruptos, los banqueros que legitiman activos y los abusadores sexuales. Ya lo dijo Ferrajoli: El derecho penal de un Estado de derecho no distingue entre amigos y enemigos, sino entre culpables e inocentes.²⁰

Hasta aquí se podría decir que lo dicho es muy obvio, que nadie está proponiendo erradicar la impunidad y realizar la justicia violando los derechos humanos de

¹⁹ El sano mandato de ley penal escrita que emana de un principio *nullum crimen que*, en sintonía con la era moderna, proscribire toda costumbre como fuente de derecho penal, consagrado (también) por el artículo 15.1 del PIDCP, resulta inmediatamente después excluido por este (artículo 15.2) para los autores de crímenes creados por meros "principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional". Argentina, cuando era todavía un país libre de punitivismo, objetó esta disposición por medio de la correspondiente reserva formulada al hacerse parte del tratado en 1984 (artículo 4 de la ley 23.313).

²⁰ Luigi Ferrajoli: *Derecho y razón*, Madrid, 5.ª edición, 2001, p. 830.

los imputados, sino todo lo contrario, y que desde siempre los sistemas judiciales han tenido que edificar y mantener una delicada armonía entre las necesidades de justicia y las prerrogativas del acusado. Pero, en verdad, cuando los objetivos penales, como en el caso de los crímenes internacionales y esas otras graves violaciones de los derechos humanos, se colocan tan en lo alto, empieza a ser difícil mantener ese equilibrio y preservar al imputado de toda violación de sus derechos. Ya se sabe: la lucha contra la impunidad solo se gana imponiendo penas, y si los crímenes son muy graves la inclinación histórica al abuso del poder punitivo lleva a que sean removidos todos los obstáculos que surjan, incluidos los del derecho, para el castigo de los culpables (*in delictis atrocissimis jura transgredi licet*).²¹

Cuestionar esta ideología punitiva no significa, tal como lo podría suponer algún despistado, no cuestionar la violación de los derechos humanos que sufren sistemáticamente los acusados por hechos menos atroces. Ambas violaciones son igual de intolerables. Aquí solo se añade que la violación que sufre el acusado de hechos más graves que los comunes no puede quedar neutralizada por la atrocidad de su crimen. En todo caso, para este será mayor la pena en proporción a la mayor gravedad de su hecho, pero no el tratamiento jurídico de su suerte en todo lo demás. No puede haber imputados que por el tipo de delito queden más amparados que otros por el régimen de protección de los derechos humanos. No puede ser que aquello que respecto del imputado de un delito común es una violación de derechos humanos no lo sea si el delito atribuido es grave o de lesa humanidad.

Este *doble estándar* de los pronunciamientos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos es expreso: la Corte IDH, en la sentencia *Loayza Tamayo*, del 7 de septiembre de 1997, consideró que el Estado peruano había violado el principio *ne bis in idem* (CADH, artículo 8.4) al “juzgar a la señora María Elena Loayza Tamayo en la jurisdicción ordinaria por los mismos hechos por los que había sido absuelta en la jurisdicción militar” (§ 77); debe aclararse que los delitos que se le imputaban eran comunes, no de lesa humanidad ni otras graves violaciones de derechos humanos. En cambio, en la sentencia *Almonacid Arellano*, del 26 de septiembre de 2006, la Corte IDH consideró (p. 154):

²¹ En la sentencia del caso *La Cantuta*, de 29 de septiembre de 2009, la Corte IDH, en el § 157, reconoció de modo expreso que el deber estatal de investigar, enjuiciar y castigar “adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados”. Véase, adicionalmente al respecto, con más detalles, Nanzer: o. cit., pp. 354 ss.

[...] 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 un 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 desplaza la protección del *ne bis in idem*.²²

No me ocuparé en este trabajo de la posible esquizofrenia que plantea un doble estándar jurídico que trata a algunos imputados de un modo y a otros de otro, ni de hipotéticas objeciones morales relativas a su manifiesta hipocresía.²³ Lo que corresponde evaluar ahora es si no resulta insostenible un modelo que otorga la prioridad penal al interés de la víctima debido que así se abandona necesariamente la prioridad que los derechos humanos le otorgaban al interés del imputado, dado que el sistema no puede jurídicamente servir a la vez a dos objetivos tan contradictorios. Esto en razón, no en última instancia, por supuesto, de que son tan diferentes las dos concepciones ideológicas que sustentan estas dos visiones del significado penal de los derechos humanos. Kindhäuser ha destacado el conflicto al constatar que cada aumento de los derechos procesales de la presunta víctima se paga en moneda de disminución de los derechos del imputado.²⁴ Por ello en este trabajo presentaré con algún mínimo detalle cuál es la ideología penal de todo sistema de derechos fundamentales (*perspectiva del acusado*), intentaré demostrar que esa concepción es incompatible con la ideología penal que sustenta las opiniones y decisiones del sistema interamericano en el caso de los crímenes internacionales y demás graves violaciones de los derechos humanos (*perspectiva de la víctima*) y, por último, postularé que la primera perspectiva debe prevalecer sobre la segunda, o bien que, en

²² Esta dualidad entre lo nacional y lo internacional, entre lo común y lo extraordinario, ha sido calificada, con agudeza y sabiduría, como patología propia de una cabeza de Jano con dos rostros (véase el informe de José Luis Guzmán D'Albora acerca de Chile, en Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo, 2008, pp. 140 y 153.

²³ Otra manifestación del doble estándar en el tratamiento de crímenes de Estado y los demás, que se ha empezado a desarrollar en Argentina, según creo, y que es digna de ser investigada más detenidamente por los expertos, puede ser vista en la propia afirmación de la Corte Suprema acerca del carácter vinculante de los pronunciamientos del régimen interamericano. Pareciera que los autores de delitos contra la humanidad o de otras graves violaciones de los derechos humanos no se ven amparados en sus procesos por la aplicación obligatoria de los precedentes interamericanos que los benefician, solo por los que los perjudican, por lo cual debería ser reformulada, según los resultados de la investigación que debería efectuarse, la doctrina de la obligatoriedad, la que ahora diría: "los pronunciamientos del sistema interamericano son vinculantes para los tribunales locales... a veces".

²⁴ Ante la consideración del damnificado por el delito como un sujeto a tratar en el proceso con los mismos derechos que su adversario, "el equilibrio de facultades procesales, orientado por el tópico de la igualdad de recursos, se desplaza a costa del imputado" (Kindhäuser: o. cit., p. 155).

caso contrario, la adopción de la perspectiva de la víctima deberá ser asumida, de modo coherente, con todas las consecuencias necesarias que esta implica, en particular la de amplificar desmedidamente con esa excusa el poder de fuego siempre brutal del aparato represivo del Estado.

2. Los derechos humanos como límites al poder (también penal)

Vivimos en unas sociedades, las democráticas contemporáneas, que están organizadas políticamente con una autoridad pública establecida y limitada por el derecho (*rule of law*). Esto es algo tan evidente que puede resultar chocante que aquí sea recordado. Si no fuera porque, tal como en algún aspecto lo demuestran los hechos descritos en este trabajo, es algo que también se pierde de vista todo el tiempo. En lo que aquí interesa, el arquetipo social mencionado parte de un puñado de reconocimientos: a) la convivencia pacífica solo puede ser asegurada por medio del amargo sacrificio de otorgar poder a unas autoridades para que tengan fuerza pública legítima sobre la sociedad; b) esta autoridad artificial estará limitada en su poder a través del derecho; c) ese derecho debe responder al aseguramiento de los derechos humanos, de modo que los derechos individuales están por encima de las prerrogativas de la autoridad creada para promoverlos y garantizarlos; d) ello se explica por el origen humanista de esta concepción, que se remonta a la idea renacentista de volver a colocar, *a la grecorromana*, a la persona humana en el centro del universo.

La Ilustración, ya se sabe, hizo el resto, tanto en lo intelectual como en lo práctico, para que este modelo fuera instalado y estuviera fundamentado. Ciertas cosas, según algunos pensadores, llegaron demasiado lejos. Otras, para muchas opiniones, no han llegado todavía hasta donde deberían haberlo hecho.

La ideología de este humanismo ilustrado respecto del aparato represivo de la autoridad pública es asimismo muy clara. El poder penal es también una amarga necesidad que, si bien —por consiguiente— no puede ser suprimida, debe ser controlada por el reconocimiento en el individuo de derechos frente al aparato represivo. Derechos fundamentales y garantías judiciales que son, en esencia, prerrogativas de no punición y de punición no arbitraria.

La Revolución de los Derechos que representó el triunfo de la Ilustración sobre el poder público absoluto modificó el sistema penal sin perder de vista su, en última instancia irreductible, carácter violento, tendencialmente arbitrario y siempre propenso a funcionar en clave de abuso de autoridad y desvío de poder.

Por esta razón, la cultura de los derechos humanos, más que una cultura de demandas punitivas, es una cultura de límites a la aplicación de penas (*perspectiva del acusado*). Un modelo de consideración de la cuestión penal verdaderamente fiel a los derechos humanos, si se me permite esta simplificación extrema, se caracteriza por su prevención contra el aparato represivo del Estado. Quienes lo idearon se veían a sí mismos como imputados. En este sentido es central la noción de que se debe proteger a las personas frente a los posibles ataques de cualquiera de sus congéneres, también de los crímenes, pero que sobre todo se debe proteger a los individuos frente al poder público y muy especialmente frente al poder punitivo.²⁵ Que esa es la función de los derechos humanos es algo que se ve completamente confirmado con solo echar una ojeada superficial a todas las declaraciones, cartas, constituciones y convenciones que reflejan jurídicamente la ideología política y penal de nuestra civilización liberal y democrática. En ellas la mayoría de los derechos y los más importantes corresponden al individuo enfrentado a los tribunales penales. Esto es así de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y de las enmiendas o añadidos de la Constitución americana de 1787 a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. Por encima de todas las cosas abundan en esos textos, hasta el asombro, los principios y las reglas de protección del acusado. Tal es el temor ante la posible afectación de los derechos de la persona perseguida penalmente, que se han establecido, como es sabido, garantías de que sus derechos fundamentales no serán conculcados de hecho en los actos del proceso.

Esto es lo que, explicado aquí por medio de otro inevitable reduccionismo, se conoce como la ideología del *garantismo penal*, que ha encontrado en el sistema de Ferrajoli la mejor base científica para su consecuente despliegue actual.²⁶ Por ello se advierte que el trabajo de los textos políticos tendente a limitar y controlar el poder penal público encuentra también resonancia en la obra literaria de los juristas que intentan brindar instrumentos a la práctica, incluso muy refinados, para que no se produzcan desviaciones y abusos que desmientan la vigencia efectiva de los derechos humanos. Hay

²⁵ Véase Nanzer: o. cit., pp. 365 ss.

²⁶ Véase Norberto Bobbio: "Prólogo" a Ferrajoli: o. cit., pp. 13 ss.

entonces un esfuerzo compartido entre el orden constitucional y la labor de los juristas para evitar, como decía Welzel, la arbitrariedad en la decisión de los casos penales.²⁷

Este modelo garantista, del que parten mis reflexiones y al que me aferro con todo entusiasmo, no considera, evidentemente, que el poder penal público sea algo ilícito o irracional, como sí sucede en el punto de partida, por ejemplo, de la valiosa mirada de Zaffaroni.²⁸ Para el garantismo, el castigo penal de los delitos es un instrumento válido de la acción política y social, claro está, en la medida en que, como señala Roxin, este fin no sea alcanzado a cualquier precio.²⁹ Así pues, el garantismo es, en esencia, un sistema de controles y límites para impedir el ejercicio abusivo de un poder que en sí es legítimo solo si es estrictamente controlado.³⁰

Cabe mencionar que en esto no hay una distancia verdadera con la opinión de Zaffaroni. Para el maestro de Buenos Aires el poder punitivo, siempre irracional, es moderado por el derecho penal como una suerte, si se me permite la expresión, de chaleco de fuerza para una locura pública (o, en metáfora beccariana más bella que usa Zaffaroni: *dique de contención*). Como se ve, es evidente que al final del camino el destino es el mismo: ni el garantismo usual ni el zaffaroniano procederán con un caso concreto de un modo distinto; solo se trata de que, para llegar a idéntica solución, ordenan las ideas de otra manera. En los hechos, ninguna de estas dos versiones tolerará la impunidad de un crimen grave, comprobado en un proceso jurídicamente intachable que lleve a la aplicación de una pena que no sea inhumana, ni admitirá la condenación de un acusado cuyo hecho fue probado por tormentos ni el sometimiento de culpable alguno a penas inhumanas.

Por eso, para prevenir males indebidos a inocentes y desproporcionados para culpables, fue creado este sistema garantista denominado por algunos como *escudo protector* frente al poder punitivo.³¹ Se estableció así —y perdura hasta hoy— un régimen jurídico que otorga a la pena de la autoridad pública la fisonomía de un recurso de verdadera *ultima ratio*. Pero, por definición, un conjunto de ideas que postula a su objetivo como resorte final entre un elenco de opciones no solo no tiene en alta estima a su producto, sino que además debe estar dispuesto a sacrificarlo sin demasiados lamentos. Es por ello que el camino hacia la aplicación correcta de la pena quedó plagado de obstáculos,

²⁷ Hans Welzel: *Derecho penal alemán*, Santiago de Chile, 11.ª edición, 1976, p. 11.

²⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: *Derecho Penal*, Buenos Aires, 2000, pp. 3 ss.

²⁹ Claus Roxin: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2000, p. 3.

³⁰ Véase Julio Maier: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 1996, t. I, pp. 471 ss.

³¹ Alberto Binder: *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, 2.ª edición, 1999, p. 71.

aun cuando el precio inevitable de esta actitud fuera *cierta* impunidad,³² perfectamente afrontable..., salvo para la víctima del crimen.

Uno de los textos fundacionales de los derechos humanos modernos, entendidos como tales, es la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de París, de 1789. Esta carta, aunque pretendía regular toda la vida institucional de la sociedad francesa con pretensiones de universalismo, contiene una proporción descomunal de referencias a los derechos y garantías del individuo sometido al aparato represivo.

Es posible apreciar de este modo, incluso gráficamente, tanto la importancia de la presencia expresa de un sinnúmero de derechos del acusado como la ausencia de todo derecho explícito de la víctima. Este esquema se reproduce en todo catálogo moderno que contenga derechos humanos y constituye un sistema jurídico cuya ideología recoge la perspectiva del acusado para la regulación de derechos en casos penales.³³

3 • La aparición de los derechos humanos de la víctima

Desde hace casi un siglo se ha desarrollado paulatinamente un modelo, cada vez más consolidado, de justicia antiimpunidad de los crímenes internacionales, cuyo objetivo se ha conseguido por medio del enjuiciamiento y el castigo de esos hechos por tribunales militares de vencedores de guerras (Núremberg y Tokio), de tribunales internacionales *ad hoc* (antigua Yugoslavia y Ruanda), de tribunales mixtos o híbridos (Timor Oriental y Sierra Leona), de tribunales nacionales por supuesto y, llamativamente, en lo que a este texto más interesa, por la Com IDH y de la Corte IDH, claro que por vía indirecta.

La Corte ha desarrollado una jurisprudencia monolítica según la cual los crímenes internacionales, pero también las demás “graves violaciones de los derechos humanos”, deben ser castigados por los Estados competentes para ello sin contemplación por ciertos límites jurídicos. Malarino ha destacado al respecto esta evolución y ha demostrado muy lúcida y valientemente que la Corte IDH se ha convertido, en contra de lo dispuesto por

³² Silva Sánchez: o. cit., p. 153, nos recuerda que la palabra *impunidad* no tiene en sí sentido peyorativo.

³³ “Ni en las constituciones, ni en los códigos penales se alude explícitamente a la existencia de un supuesto *derecho de la víctima al castigo* del autor del injusto culpable cometido contra ella” (Silva Sánchez: o. cit., p. 165, cursivas del original).

la CADH, en una cuarta instancia y en una cuarta instancia penal, en una corte penal suprema *de facto* puesta por encima de las cortes supremas nacionales, en algunos casos con la complicidad de estas.³⁴

De este modo, los órganos del sistema tratado, por vía de esta “retroalimentación”,³⁵ han abandonado la sabia idea de que el derecho internacional tiene primacía si y solo si las normas internacionales son más protectoras de los derechos fundamentales que las nacionales.³⁶ Pero hoy vemos con pesar que el mundo se ha puesto al revés.³⁷ Así, si bien la Constitución de casi cualquier país de Latinoamérica protege bien el derecho del acusado a no ser perseguido más de una vez por el mismo hecho, rige de todos modos la derogación del principio *ne bis in idem* para delitos de lesa humanidad y demás crímenes que impliquen graves violaciones de los derechos humanos, según lo dispuesto por los órganos del sistema interamericano en invocación de la primacía de lo que dice la Corte Interamericana que es derecho internacional de aplicación obligatoria para los Estados.³⁸

Lo decisivo ahora consiste en destacar que esta jurisdicción punitiva del sistema interamericano en no pocos casos ha ejercido su poder de represión penal —en parte autoasignado, en parte concedido, como recién se describió— sin tomarse muy en serio los principios jurídicos básicos que habilitan una aplicación democráticamente legítima de las penas solo en caso de pleno respeto de los derechos humanos del acusado internacionalmente reconocidos.

Se ha formado así una ideología penal que, en el caso de los crímenes internacionales (más las otras graves violaciones de los derechos humanos), ha prestado atención unilateralmente a las buenas razones de la justicia punitiva, a las valiosas expectativas de los afectados a que se obtenga el castigo de los culpables (*perspectiva de la víctima*), pero que ha menospreciado insistentemente los derechos humanos del imputado cuando estos han entrado en conflicto con esas razones y esas expectativas.

Pero esa ideología, quizás en sí misma valiosa,³⁹ pasa por alto que los derechos humanos no fueron creados al servicio de la víctima del delito, no hay nada de eso en su

³⁴ Véase Ezequiel Malarino: “Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH”, en Daniel Pastor (dir.): *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires, 2009, pp. 21 ss.

³⁵ Tal como la llama Méndez: o. cit., p. 82.

³⁶ Véase *ibidem*, p. 81.

³⁷ Nanzer: o. cit., p. 354, habla por ello de que se ha puesto así “patas arriba nuestro sistema”.

³⁸ Se trata del nefasto § 54 de la sentencia *Almonacid Arellano*, que como *obiter dictum* cancela para estos hechos la cosa juzgada aunque no sea fraudulenta (véase Silva Sánchez: o. cit., p. 154).

³⁹ Fundada no solo en razones jurídicas, sino también, adicionalmente, en sentimientos lógicos de compasión y simpatía (véase Kindhäuser: o. cit., p. 143).

función y, en consecuencia, la víctima no es mencionada ni una vez por su nombre en los catálogos de estos derechos, cosa elemental si se recuerda que las funciones penales que satisfacen a la víctima (investigación, enjuiciamiento, castigo) *son públicas* y que en el campo de la pena pública el único titular de derechos humanos es el inculgado.⁴⁰

Si en nuestra civilización de los derechos uno admite que el poder punitivo es una herramienta legítima de la acción política y social, entonces ya es posible saber cuál es el lugar central de la víctima en este modelo: el derecho penal material. En efecto, el derecho ha establecido, como dicen las explicaciones al uso, la consecuencia más grave y violenta del orden social, la pena pública, como reacción jurídica frente a las lesiones ilícitas más graves para los bienes y derechos más valiosos de las personas. Toda la parte especial de cualquier derecho penal material está dedicada predominantemente a la víctima del delito.⁴¹

Ello se debe a que todavía sigue en pie la neutralización institucional de la venganza privada, que es lo que justifica, precisamente en la visión garantista ferrajoliana, la existencia del derecho penal, el porqué de su ser.⁴² En todo orden jurídico-penal democrático los enfrentamientos graves de la vida social no quedan librados al tratamiento privado entre autor y víctima, si ha sobrevivido, o sus allegados. Los familiares de un asesinado no pueden, por ejemplo, imponer ninguna de las condiciones fundamentales que caracterizan a la reacción que se producirá por el hecho. No tienen permitido establecer las consecuencias, ni su alcance, ni el procedimiento para imponerlas o desecharlas. Si el hecho es conocido y es real ya no va a depender de la voluntad de los afectados el significado político de su tratamiento ni van ellos a tener disposición alguna sobre los mecanismos para gestionarlo, pues todo ha sido definido previamente por el Estado. Si seguimos pensando en verdaderos casos penales —y esto es determinante—, en un supuesto de asesinato la ley ya previó el tipo de pena, su posible extensión, las autoridades que se ocuparán de investigar y decidir el caso y el procedimiento.⁴³ La discrepancia de

⁴⁰ Debido a ello, “la función de participación del damnificado le es más bien ajena y ciertamente innecesaria al proceso penal” (Kindhäuser: o. cit., p. 153), más allá de que se le deban otorgar, como bien lo expresa el autor citado, facultades de control (pp. 156 y s.). En el mismo sentido Nanzer: o. cit., p. 374, al describir el modelo sano de proceso penal: “Si lo que correspondía era castigar con una pena, derecho penal y Estado estaban indefectiblemente imbricados; la víctima no tenía en dicho escenario nada por hacer”.

⁴¹ Entiéndase bien: las figuras de la parte especial están construidas con determinadas características constitucionalmente exigidas en protección del posible infractor (derecho penal liberal como *Magna Charta* del delincuente), pero sobre tales presupuestos están políticamente pensadas como reacción estatal para el supuesto de que alguien dañe indebidamente a otro, único sentido legítimo de la expresión *Magna Charta* de la víctima.

⁴² Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 331 ss.

⁴³ Para muchos autores esto diluye también el ideal retributivo de un derecho penal orientado a la víctima (véase Silva Sánchez: o. cit., p. 171). Por eso, si la víctima consigue ir más allá de la ley, neutralizando, por ejemplo,

los allegados de la víctima con estas resoluciones de la legislación no es admitida. Su comprensible deseo de que la pena sea más grave que la legal, que su extensión sea mayor que la del máximo que permite el derecho sustantivo o que el procedimiento sea menos generoso con el imputado no pueden modificar los preceptos respectivos preestablecidos por el derecho.⁴⁴ Dicho de un modo imperdonablemente coloquial: para la víctima, el derecho sustantivo es lo que hay (y, seamos francos, no es poco).⁴⁵

Esto demuestra que para el modelo garantista, por la manera en que opera el poder punitivo, la cuestión penal es algo más que un conflicto entre los afectados, en tanto se trate realmente de competencias penales determinadas por el principio de *ultima ratio*. Se empieza a entender ese funcionamiento si se asume la obiedad, muchas veces perdida de vista, de que lo penal no es civil. La exclusión de la solución privada de los enfrentamientos con relevancia punitiva, como medio para evitar la venganza privada y proteger a las personas del imperio de la ley del más fuerte,⁴⁶ implica necesariamente la inclusión de algún poder público como tercer personaje activo del conflicto, pero asimismo la exclusión de la víctima.⁴⁷ Obsérvese también que un derecho procesal —por definición siempre implicado en el penal sustantivo— orientado de forma prevaeciente por las demandas punitivas de las víctimas lleva en sí inevitablemente a una concepción de la pena incompatible con las teorías al uso que han sido desarrolladas para explicarla solo desde una perspectiva estatal.⁴⁸ A la sumo la teoría de un retribución absoluta podría explicar la pena de un aparato represivo, todavía en teoría estatal, pero funcionalizado para servir predominantemente a satisfacer a toda costa los reclamos de las víctimas.⁴⁹ Sin embargo, no parece que quienes hoy otorgan, de hecho y de derecho, poderes procesales

garantías del imputado (irretroactividad, *ne bis in idem*), el derecho penal se vuelve absoluta e inevitablemente retributivo.

⁴⁴ Estas descripciones de un modelo innegable demuestran que, como bien lo ha señalado Kindhäuser, no se pueden derivar de él “derechos genuinos del damnificado” (o. cit., p. 156), pues el interés en la represión penal del culpable es general y frente a ello los intereses concretos del damnificado son contingentes (o. cit., p. 150) y secundarios (o. cit., p. 157).

⁴⁵ Por este motivo la asignación de amplios y cómodos derechos procesales al damnificado por el delito es vista como “una forma especialmente anticuada de compensación y reparación entre el autor del hecho y la víctima” (Kindhäuser: o. cit., pp. 147 y s.).

⁴⁶ Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 335 ss.

⁴⁷ “La afirmación de que la víctima tiene derecho a castigar al autor parece, de entrada, propia del derecho penal taliónico, en el que la venganza privada tiene una clara connotación satisfactiva. El derecho penal público, en cambio, ha tenido como vocación histórica la de la neutralización de la víctima” (Silva Sánchez: o. cit., p. 167).

⁴⁸ Más detenidamente sobre la conexión entre la posición del damnificado en el proceso y las teorías de la pena, véase Kindhäuser: o. cit., pp. 148 ss.

⁴⁹ Silva Sánchez: o. cit., p. 165, advierte lúcidamente que solo desde el retribucionismo obligatorio se podría sostener sin problemas la existencia de un derecho de la víctima al castigo a ultranza del autor.

cada vez más amplios a la víctima sean conscientes de que esto impide sustraerse, al menos entre personas coherentes, de una explicación retributiva del derecho penal.

Entonces, establecida la relación penal entre poder público (legislador, acusador, juzgador y ejecutor) e individuo (imputado), no hay derechos humanos ni fundamentales para la víctima del delito.

Sin embargo, en la ideología que informa las opiniones y decisiones del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en el caso de crímenes internacionales y otras graves violaciones de los derechos humanos, la prioridad la tienen los derechos humanos de los afectados por el delito (*perspectiva de la víctima*). Esto se explica por la horrorosa experiencia latinoamericana de décadas de crímenes estatales masivos y aberrantes, experiencia unida a la comprobación de la más perversa impunidad posterior de esas atrocidades salvajes. Pero esto no tiene nada que ver con la función de los derechos humanos en la cuestión punitiva ni con los textos jurídicos que los regulan, que siguen pensando en limitar la aplicación de la pena pública, no en estimularla, que siguen mencionado numerosos derechos del imputado y ninguno de la víctima.

En el muy ilustrativo Cuadro de Normas para la Protección de los Derechos Humanos elaborado por la Fundación Acción Pro Derechos Humanos⁵⁰ se puede ver, en la comparación de casi una decena de textos internacionales y regionales básicos de derechos humanos, que estos están repletos de derechos explícitos del acusado y que no contienen derecho expreso alguno de la víctima, a la cual, evidentemente, ni siquiera mencionan.

En contra de toda esta realidad, la ideología que sustenta el desarrollo llevado a cabo en la materia por los órganos interamericanos llegó a reconocer en su conjunto una serie de derechos humanos de la víctima de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos.⁵¹ En resumen, esos derechos establecen, como es sabido, que el aparato represivo estatal está obligado a garantizarle a la víctima la investigación penal de los hechos de esa naturaleza que la perjudiquen, imponen el derecho de las víctimas al descubrimiento de la verdad de lo sucedido, al enjuiciamiento de los sospechosos y obligan al Estado a castigar penalmente a los culpables.

Así, en el multicitado caso denominado *Barrios Altos*, por ejemplo, la Corte IDH se ocupó de una terrible masacre cometida a comienzos de los años noventa en Perú

⁵⁰ Véase <www.fundacionpdh.org>.

⁵¹ Véase la exposición minuciosa y documentada de estos derechos en Nanzer: o. cit., pp. 360 ss.

(sentencia del 14 de marzo de 2001).⁵² El caso es conocido, tanto en cuanto a los hechos como respecto de lo decidido por la Corte con el allanamiento del Estado demandado, de modo que resulta innecesario relatarlo aquí una vez más. Por cierto que, para prevenir malentendidos, debe quedar claramente en negro sobre blanco, una vez más, lo siguiente: los hechos del caso son indiscutiblemente gravísimos, atroces, y son justamente los que justifican, para la limitada visión de las cosas que tiene quien esto escribe, la existencia de un instrumento tan violento y desafortunado como el poder punitivo. Que la prevención y la represión de hechos como estos por el derecho penal contribuye al aseguramiento, aunque solo sea tendencial, de los derechos fundamentales de las personas dañadas o amenazadas por ellos es algo que este autor al menos suscribe de modo categórico.⁵³ Ahora bien, lo antedicho no puede servir de parapeto para que un sistema internacional de protección de los derechos humanos, fundado en aquel reconocimiento ético y en esta función política, caiga en la desidia de considerar que siempre, ilimitadamente, con relajamiento de los derechos de los acusados y sin alternativas, hay que reprimir penalmente esos casos (*poder punitivo absoluto*).

En la sentencia en cuestión, igual que en todas las similares, la Corte IDH, en lo ideológico, resumió y precisó cierto mesianismo penal al reiterar y describir mejor que nunca su conocida exigencia intransigente de sometimiento a una única manera de concebir, sin alternativas, el derecho penal, la *sola ratio*, en contra de los postulados elementales de la cultura penalista. Si el derecho penal, para satisfacción de la perspectiva de la víctima, siempre debe ser y no puede dejar de ser aplicado por ningún motivo, ni derogado ni relegado por soluciones no punitivas, entonces de la *ultima ratio* de los manuales de derecho penal no queda nada. Para la Corte, respecto de los crímenes internacionales y demás violaciones de los derechos humanos, el derecho penal parece ser un viaje de ida, un callejón sin salida. Esta confianza inmotivada y desmedida en lo penal como bienhechor ilimitado se expresa en los párrafos siguientes de la sentencia mencionada:

⁵² En los desarrollos que aquí son expuestos sigo lo ya expresado en mi trabajo "La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos", publicado en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2005-A, pp. 73 ss.

⁵³ Se podrá discutir si esta visión optimista llega incluso hasta la justificación de la imprescriptibilidad de los crímenes más graves. En teoría pareciera que la imprescriptibilidad entra en conflicto con la naturaleza liberal y democrática del poder punitivo esencialmente *limitado* que impone el Estado constitucional de derecho moderno. Pero lo que no se puede discutir es que el único fundamento oficial de la imprescriptibilidad está en las funciones positivas que se le asignan a la pena (retribución y prevención); todo lo demás son dialectos. Quien quiera decirnos, desde el escepticismo penal, que la imprescriptibilidad es compatible con una visión que asigna al derecho penal la misión de "reducir" el irracional poder punitivo, debería ser tomado tan en serio como quien se declara radicalmente vegetariano mientras devora un asado de vaca completo.

41. 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.

42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso.

En esta sentencia, por lo demás, en el voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez se habla de la

[...] convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores —así como de otros participantes— constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales.

Obsérvese que entre las causas prohibidas de impunidad agrega al final de la lista “otras”, de modo que, por ejemplo, a la proscripción de la impunidad parece no escapar ni la absolución por falta de pruebas ni la que se funda en el no aprovechamiento de conocimiento obtenido ilegítimamente.

Como se puede ver, se trata de una ideología de devoción por lo penal a ultranza y por la aplicación del poder punitivo a cualquier precio, esto es, justamente lo que demandan, de modo comprensible, las víctimas de los crímenes.

En lo resuelto en este caso se puede ver muy bien la invención de unos derechos humanos expresos y detallados de las víctimas de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos que no existen explícitamente en los textos de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos, que son establecidos, por

lo demás, con carácter absoluto, algo también impropio de todo sistema de derechos humanos que hace de la aplicación de la pena pública algo relativo, un valor siempre sacrificable si ello es necesario para garantizar los derechos humanos del imputado.

Otro ejemplo muy interesante de esta creación de derechos humanos de víctimas está representado por lo decidido por la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano* (sentencia de 26 de septiembre de 2006). En este caso, respecto de un asesinato de lesa humanidad cometido en Chile, la Corte IDH sentenció que el Estado no podía por ninguna razón “eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables” de ese asesinato (§ 151). Entre otras circunstancias que fueron descartadas para evitar la impunidad del hecho, se estableció que ni siquiera la cosa juzgada no fraudulenta podía ser invocada:

[...] 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 desplaza la protección del *ne bis in idem*” (§ 154).

Pero la CADH prevé, sin excepciones, que todo acusado tiene derecho a no ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual ya haya sido absuelto por una sentencia firme (artículo 8.4). En consecuencia, la orden que da la Corte IDH a los tribunales penales en este supuesto es una orden antijurídica de violar un derecho humano expreso del imputado.

Aquí se ve con nitidez, en un caso bien concreto, el cambio de paradigma, caracterizado por la superación del modelo garantista, que el sistema interamericano introdujo respecto del significado normal de los derechos humanos en el ámbito penal: una garantía judicial expresa del imputado (derecho del absuelto por sentencia firme a no ser sometido nuevamente a enjuiciamiento), que no admite excepción explícita alguna, es abolida jurisprudencialmente por la Corte IDH para introducir en su lugar una garantía para la víctima de crímenes internacionales según la cual el absuelto por sentencia firme dictada después de un debido proceso no fraudulento puede ser enjuiciado posteriormente una vez más y condenado si nuevas pruebas indican que era culpable.

Estos son ejemplos de una ideología de los derechos humanos que, en contra de su origen de derechos del imputado frente al aparato represivo, gira el enfoque y se

transforma en una ideología de derechos humanos contra el imputado. Esta ideología, fundada en la perspectiva propia de la víctima en la cuestión punitiva, otorga una prioridad *tout court* a la satisfacción del valor represivo por encima de la protección de los derechos del acusado. Para la perspectiva de la víctima, sostenida por el sistema interamericano en el caso de crímenes internacionales y otras graves violaciones de derechos humanos, el enorme abuso de poder del que dispusieron sus autores los deja sin la cobertura completa del derecho a la hora de ser acusados. En esa instancia el derecho, como lo ha sugerido Zaffaroni, solo puede asegurarles el respeto de ciertos requisitos básicos fundamentales y nada más, algo muy cercano al —criticado por todos— derecho penal del enemigo.⁵⁴

El único que ha ganado en este juego, sin jugarlo, es el poder punitivo del Estado.

4 ● Los derechos de la víctima como ampliaciones del aparato represivo del Estado

Estamos ante la más dramática metamorfosis penal de la actualidad.⁵⁵ Quienes, por la causa que sea, tienen hoy el poder para asignar sentido a la configuración y el formato de lo penal han aceptado, comprensible pero peligrosamente, todas las demandas punitivas de las víctimas de actos de criminalidad especialmente graves. Hemos llegado así a un modelo de poder punitivo que invirtió por completo la función de los derechos humanos, los que pasaron de ser limitadores de la pena estatal a ser sus incentivadores.⁵⁶

⁵⁴ Según Eugenio Raúl Zaffaroni: “Notas sobre el fundamento de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad”, en *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, 2000-B, p. 445, respecto del poder punitivo ejercido contra criminales de lesa humanidad “no se halla legitimado el derecho penal para contenerlo más allá de ciertos requisitos básicos fundamentales” (cursivas del original). La descripción *criminales de lesa humanidad* establece una conexión con el llamado *derecho penal de autor*, propio del derecho penal del enemigo. Más categórico al respecto es Méndez (o. cit., p. 85), respecto de la tortura como crimen de lesa humanidad: “Al igual que la Convención de la ONU contra la Tortura, la Convención Interamericana sobre Tortura refleja la intención colectiva de considerar al torturador como ‘enemigo del género humano’”. Estas afirmaciones, propias de la idea de una *guerra contra el crimen*, están presididas por una política penal de evidente *tolerancia cero* y *mano dura* para estos hechos.

⁵⁵ “La evitación de la impunidad se ha convertido en el más ‘moderno’ de los fines del derecho penal y, desde luego, en uno de los factores más relevantes de la modificación —durante la última década— del alcance de principios político-criminales clásicos” (Silva Sánchez: o. cit., p. 151).

⁵⁶ La afirmación de Méndez (o. cit., p. 88) que atribuye, con toda razón, a los derechos humanos la función de *poner* “límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad” ha sido cambiada actualmente por una que dice que su misión es

El poder punitivo siempre ha tendido, una y otra vez, a desligarse de los incómodos límites que le impone el derecho. Los pronunciamientos del sistema interamericano, al decretar la obligación de los Estados de investigar y castigar penalmente (como contracara necesaria de unos inventados derechos humanos de las víctimas del crimen) le han otorgado al poder punitivo lo que este más deseaba: no solo una razón para penar, sino la imposición de penar.⁵⁷ Cualquier lector de las enseñanzas de la historia punitiva sabe que eso equivale a que, para seguridad de las personas, sea obligatorio para los custodios entregar las llaves de las casas a los ladrones. Con el pretexto de atender a las demandas legítimas de las víctimas, los pronunciamientos del régimen interamericano de protección de los derechos humanos solo han inventado diques rotos para el poder de punir del Estado. Que se los disfrace de “obligaciones” estatales que son la contracara de los “derechos” de las víctimas es un entretenimiento para niños: al verdugo le da lo mismo que su acto se denomine derecho u obligación, con tal de que implique siempre la consecuencia de darle absoluta libertad para hacer lo que más le gusta: cortar cabezas.

Podría pensarse, con buen criterio y las mejores intenciones, que, por el contrario, es posible encontrar una fórmula que permita balancear los dos valores en tensión: las exigencias de represión punitiva de las víctimas y de la sociedad democrática, por un lado, con el respeto irrestricto de los derechos del acusado, por el otro.⁵⁸ Sin embargo, *no se puede servir a ambos*. El sistema penal garantista ya se ocupó de establecer la preferencia del imputado por encima del Estado, personificado en la víctima; a saber: dejar a la víctima el derecho material para la satisfacción racional de sus legítimas expectativas de justicia por medio de la represión pública de los delitos y al imputado la protección expresa de sus numerosos derechos humanos por encima de las necesidades de justicia.

Por atroces que resulten los crímenes internacionales y las otras graves violaciones de los derechos humanos, no es posible saltarse esta estructura de los derechos humanos del acusado como si fuera un semáforo en rojo. Al menos, es algo que no debe o que no puede hacerse sin asumir las consecuencias.

ahora la de *levantar* los “límites jurídicos a las medidas que los estados puedan adoptar, ya sea por la ley o por las prácticas extra-legales, para luchar contra la criminalidad”.

⁵⁷ Tal como lo ha señalado Nanzer (o. cit., p. 373), el establecimiento de derechos de la víctima a obtener de modo inmediato los efectos propios del aparato represivo estatal ha sido el *caballo de Troya* por medio del cual se han transformado las bases del proceso penal liberal convirtiéndoselo en uno de características ostensiblemente más reaccionarias.

⁵⁸ Algo que se ha propuesto en los Estados Unidos como tercer modelo teórico entre uno en el que predomina el interés del Estado en penar sin obstáculos y otro en el que prevalece el interés del acusado a un debido proceso. Véase sobre esto, más pormenorizadamente, Nanzer: o. cit., pp. 367 ss.

Un balance entre las tensiones es imposible, pues en casi todos los casos, tal como lo explica la idea de Kindhäuser ya citada, cada derecho otorgado a la víctima implica necesariamente suprimir un derecho del acusado. Si, por ejemplo, uno entiende a la prescripción, a la Zaffaroni, como una institución genéticamente liberal,⁵⁹ entonces ella es un derecho del acusado, que se pierde cuando se implanta la imprescriptibilidad de ciertos crímenes. Aunque tal vez las razones jurídicas para establecer en esos casos un poder punitivo eterno sean no solo indiscutiblemente bienintencionadas⁶⁰ sino también válidas, algo es seguro: se debe pagar el precio de suprimir un derecho del acusado.⁶¹

Lo mismo sucede en el supuesto ya tratado del *ne bis in idem* según la jurisprudencia de la Corte IDH. En la Convención Americana encontramos en este asunto una protección sin excepciones para el inculcado absuelto por sentencia firme: “no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”.⁶² Si esto, en términos de justicia, resulta intolerable para las víctimas de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos y se tiene el poder para modificar la situación con un golpe de pluma (tesis de la sentencia *Almonacid Arellano* de la Corte IDH), entonces si aparecen nuevas pruebas podrá ser enjuiciado otra vez el absuelto, y esta vez condenado, pero el costo insuprimible de ello es la abolición del derecho humano del acusado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.⁶³

Esta imposibilidad de servir a la vez a los dos polos de la tensión es ilustrada de un modo altamente explicativo con el principio *in dubio*. Si en la cuestión penal, por la evolución jurídico-política ya explicada, se le otorgaron al acusado derechos humanos frente al poder punitivo, es comprensible que, producto de la preferencia por el imputado y no por la pena, él tenga de su lado al principio *in dubio*. Pero si esta relación entre

⁵⁹ Véase Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar: o. cit., pp. 694 ss.

⁶⁰ Las razones morales de la imprescriptibilidad también son evidentes, pero no resultan argumentables en el análisis jurídico (el derecho está separado de la moral).

⁶¹ La propia Corte IDH, cuyas decisiones dice que deben ser obligatoriamente cumplidas por unos tribunales nacionales que a su vez dicen que son obligatorias para ellos, ha declarado que la prescripción es una “garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito” (sentencia *Albán Cornejo*, de 22 de noviembre de 2007, § 111), con excepción, claro está, de los crímenes imprescriptibles, por lo cual los imputados de esos delitos están excluidos de la protección de dicha garantía (doble estándar: para la Corte IDH solo en el caso de delitos que no sean de lesa humanidad o que no constituyan otras graves violaciones de derechos humanos “la vigencia del derecho a la condena quedaría subordinada a las garantías procesales que benefician al imputado” [Nanzer: o. cit., p. 361]).

⁶² CADH, artículo 8.4.

⁶³ Obsérvese que ese § n.º 154 de la sentencia citada, *obiter dictum* que de todos modos es obligatorio en la región por la completa sumisión que las cortes nacionales les otorgan a los pronunciamientos del régimen interamericano, se refiere a resoluciones judiciales no fraudulentas, dado que obviamente no están alcanzadas por el principio *ne bis in idem* las liberaciones de responsabilidad penal establecidas en (seudo)procesos fraguados o parodiados que no pasan de torpes simulaciones de un enjuiciamiento contradictorio.

poder punitivo y acusado se modifica por una nueva relación, ahora entre víctima y acusado, desaparecen las razones para tal privilegio del individuo, por cuanto de este modo la tensión es a partir de aquí entre individuos. Dado que el triunfo en el pleito, ante la incertidumbre probatoria, no puede ser concedido a la vez a las dos partes, la recategorización de la víctima como personaje más importante de los derechos humanos, hecha por el sistema interamericano, implica una necesaria transición del *in dubio pro reo* al *in dubio pro víctima*. No estoy exagerando; Beristain ya lo ha propuesto con argumentos intrínsecamente coherentes.⁶⁴ Pero es un espejismo creer que el *in dubio*, así, se transfiere del acusado a la víctima, pues en realidad lo que se hace no es más que darle al poder punitivo, que estaba siguiendo este debate como si no fuera cosa suya, la alegría de verse obligado a condenar incluso en caso de duda.

Esta ideología de lo penal, surgida de la usina de asociaciones províctimas, implica entonces un poder punitivo absoluto, fundado en la preferencia de unos valores de justicia que por su alto prestigio moral, aunque ello no tenga que ver con el derecho, son puestos por encima del derecho y llevan a que esos objetivos sean cumplidos pasándose por alto muchos de los derechos humanos del acusado que se oponen a tales designios.

Entiendo que empieza a verse así con claridad que la transformación de las preferencias en el campo de los derechos humanos en materia penal, que han pasado de estar históricamente en cabeza del imputado a quedar en manos de la víctima, muestra también una incompatibilidad con el sistema jurídico y político de las democracias modernas, regidas por el derecho, en tanto que esta metamorfosis lo que en verdad hace es reducir los derechos del imputado (individuo) para aumentar los poderes (disfrazados perversamente de “obligaciones”) de castigar del aparato punitivo del Estado.

Un ejemplo más ilumina esta situación. Uno de los recursos más caros del movimiento províctima de crímenes internacionales y demás graves violaciones de los derechos humanos es la huida al derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de la represión penal por encima incluso del derecho fundamental del imputado a la ley penal escrita, cierta y, por tanto, indiscutiblemente previa. Este remedo es una prueba del regreso a un sistema jurídico no solo previo a la democracia moderna, sino a un sistema contra el cual ella se alzó expresamente con el objetivo de suprimirlo para siempre.

En efecto, una de las modificaciones centrales del sistema punitivo que sería llevada a cabo por las incipientes democracias constitucionales nacidas al propagarse la

⁶⁴ Véase Antonio Beristain: “La victimología creadora de nuevos derechos humanos”, en ídem: *Victimología*, San Sebastián, 1990, p. 225.

Revolución Francesa por todo el mundo fue la de pasar de un derecho penal en gran medida consuetudinario o judicial a una legislación penal codificada y escrita, algo que significó un importante recurso para la interdicción de la arbitrariedad en la fijación segura de la plataforma fáctica de los delitos (estricta legalidad) y que, a la vez, aportó, pues estaba en la base de la misma construcción, seguridad en la forma de probar unos hechos punibles así determinados (estricta jurisdiccionalidad).⁶⁵

Para el pensamiento humanista ilustrado el derecho penal no escrito era una de las mayores atrocidades del sistema inquisitivo, pues otorgaba una carta blanca para el decisionismo judicial que resultaba del todo incompatible con los ideales democráticos de poder jurisdiccional limitado por la ley del Parlamento, dado que el Legislativo fue colocado por la Ilustración en la cúspide del Estado como síntesis y expresión de la voluntad popular. Esto sigue siendo así hasta nuestros días en todas las cartas constitucionales democráticas más avanzadas (especialmente, claro es, en los textos fundamentales de las democracias parlamentarias).

De este modo es posible establecer sin mayor dificultad que una parte destacada de la labor desplegada por los pensadores ilustrados para limitar la arbitrariedad penal vigente hasta entonces era en gran medida una acción para proscribir al fin el derecho punitivo consuetudinario. Esa tendencia, que por cierto también se imaginó —con las mejores intenciones— algunas garantías excesivas (por ejemplo, la consideración del juez como ser inanimado, mera *boca de la ley*), tuvo su momento culminante con la consagración definitiva de un modelo de derecho legislativista, escrito, general y abstracto, que debe ser aplicado por el juez y no creado (modelo que *en lo penal* se volvió universal, involucrando hoy en día incluso a los países del *common law* y al derecho penal internacional [por ejemplo, el del Estatuto de la Corte Penal Internacional]). Aunque, obviamente, en la aplicación judicial de lo general y abstracto a lo particular y concreto siempre habrá una dosis —mayor o menor, según los casos— de creación jurídica, lo cierto y relevante para el tema tratado aquí es que este arquetipo de lo penal, con muy buenos motivos, firmó la abolición definitiva del derecho penal consuetudinario por su carácter inquisitivo, antidemocrático y antiliberal.⁶⁶

El derecho penal ilustrado, esto es, el derecho de la nueva República legal que está en la base del actual Estado constitucional y democrático de derecho, es así un

⁶⁵ Véase Ferrajoli: o. cit., pp. 537 ss.

⁶⁶ Véase Malarino: o. cit., pp. 21 ss.

derecho contra la costumbre⁶⁷ y categóricamente contra la costumbre como fuente de consideración de ciertos hechos como delictivos.

En el espíritu de la naciente Ilustración penal es Beccaria quien desde el comienzo de su librito la emprende contra el derecho punitivo consuetudinario vigente hasta su época. Abogando para que sean descartados para siempre los autoritarios *ius civilis* y *ius cogens* de la antigüedad y el *ius communis* medieval, el marqués, al fundar el derecho penal democrático moderno, grita desde su prólogo para que el sistema criminal sea liberado de esas viejas fuentes que no son más que las “heces de los siglos más bárbaros”.

En este punto de la consolidación del nuevo Estado democrático de los derechos fundamentales era necesario todavía dar formas concretas a esa idea ilustrada de legalidad penal y garantías de protección que erradicaran todo vestigio de derecho consuetudinario. Entre estos instrumentos el liberalismo penal creó el principio conocido en su fórmula latina abreviada como *nullum crimen*.

Uno de los momentos culminantes en el funcionamiento de este principio, más allá de la base democrática que otorga la fijación de los delitos solo por el Parlamento, está en la descripción precisa de la conducta alcanzada por la consecuencia penal (*lex certa* o subprincipio de determinación). Una reacción tan grave como la pena presupone la percepción cabal previa de las circunstancias que condicionan su imposición válida. Ese conocimiento requiere a su vez, evidentemente, un relato claro y exacto de la plataforma fáctica de la infracción.

A pesar de ello, es proverbial la invocación al derecho consuetudinario en los pronunciamientos de los órganos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos para privar de protección al imputado de haber cometido crímenes contra la humanidad y otras graves violaciones de los derechos humanos.⁶⁸

Por tanto, resulta evidente, por todo lo tratado hasta aquí, que transferir la protección de los derechos humanos en materia penal del acusado a la víctima, tal como lo ha hecho el sistema interamericano, implica otorgar nuevos poderes de reprimir al aparato punitivo estatal más allá de lo que tenía permitido hasta entonces, poderes nuevos que son maquillados como obligaciones del Estado frente a la víctima. Así, necesariamente, es abandonado el sistema jurídico-político de las democracias modernas, organizadas

⁶⁷ Véase Alberto David Leiva: “Hacia un nuevo paradigma. El orden jurídico de la Ilustración frente al antiguo derecho”, en *La codificación: Raíces y prospectiva*, Buenos Aires, 2004, t. II, pp. 269 ss.

⁶⁸ Así, por ejemplo, en la sentencia, ya citada, *Barrios Altos*, en la cual la Corte IDH “intenta encubrir la creación judicial de derecho derivando reglas jurídicas concretas de conceptos absolutamente abstractos, como la idea de justicia objetiva, las leyes de humanidad, el clamor universal, o la conciencia jurídica universal” (Malarino: o. cit., p. 27).

bajo una *rule of law* que impone límites al aparato represivo público y no estímulos. Dado que, como se vio, ambos valores no pueden ser satisfechos simultáneamente, la nueva prevalencia de la ideología punitiva significa la transformación de la concepción de todo el sistema, vigente entre los siglos XVIII y XX, de organización social que, por medio de derechos fundamentales y humanos, limitaba el poder (también penal) en garantía de la dignidad e integridad del individuo, sistema en el cual *individuo* significó, en clave penal, únicamente el imputado.

De modo que, de aquí en más, las cosas deberían ser recolocadas en su lugar, poniéndose nuevamente al acusado en el centro del amparo de los derechos humanos en las instancias penales, con supresión de toda consideración a las expectativas de las víctimas que implique disminuir la calidad o la intensidad de esa protección del imputado y otorgar mayores razones al poder punitivo para castigar de modo prevaleciente.⁶⁹ Pero si el camino correcto es el otro, el señalado por los pronunciamientos de los órganos del régimen interamericano de supervisión de los derechos humanos, entonces lo que debe ser suprimido, consecuentemente, es todo el actual sistema de derechos fundamentales y de derechos humanos penalmente pensado solo para resguardar al inculpado del aparato público represivo.

Ser consecuentes con los resultados necesarios de las argumentaciones es lo único que brinda seriedad a un mundo en el que todos los que fundamentan sus conclusiones jurídicas dicen tener al derecho, y no al poder, de su lado.

⁶⁹ Esta peligrosa moda que otorga derechos humanos a las víctimas para equipararlas a la consideración jurídico-penal que recibe el imputado "debe desterrarse cuanto antes de la doctrina y la jurisprudencia" (Nanzer: o. cit., p. 371). Es preciso añadir, con Kindhäuser (o. cit., p. 157), que el reconocimiento de facultades procesales al damnificado por el delito crea esa tensión con los derechos del imputado que se resuelve con la devaluación de estos, siendo que además esas facultades interfieren desviadamente, como es sabido de todos, en la correcta comprobación de la "verdad" de los hechos objeto del proceso.

AGOTAMIENTO DE RECURSOS INTERNOS Y PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD: ¿DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA?

*Elizabeth Santalla Vargas**

RESUMEN. El llamado *cross-fertilization process* encuentra un importante punto de interés en una de las áreas de intersección de las jurisdicciones de la Corte Interamericana y de la Corte Penal Internacional: la interpretación y aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos y el principio de complementariedad. Si bien son sistemas de responsabilidad internacional distintos en cuanto a su naturaleza, en atención a que la regla del agotamiento de recursos internos funciona esencialmente sobre la base del escrutinio de la efectividad y el carácter genuino de los procedimientos nacionales, la interpretación de la Corte Interamericana con relación a las obligaciones convencionales que dimanen de la Convención Americana y, argumentablemente, del derecho consuetudinario de investigar, procesar y, en su caso, sancionar puede aportar insumos para el progresivo desarrollo de la interpretación de los criterios de admisibilidad en el contexto de la CPI. Varios aspectos de interpretación inherentes al principio de complementariedad que se desprenden de las primeras decisiones relacionadas con cuestiones de admisibilidad de la CPI encuentran su corolario en la jurisprudencia de la Corte Interamericana a tiempo de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos. El sugerido análisis de correlación se sustenta en la propia interpretación de la Sala de Apelaciones de la CPI sobre el contenido de los *derechos humanos internacionalmente reconocidos* del artículo 21.3 del ECPI —informado también por la jurisprudencia de la Corte Interamericana—, incluso en las cuestiones inherentes a la jurisdicción de la CPI.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, principio de complementariedad, agotamiento de recursos internos, jurisprudencia.

* La autora desea agradecer el aporte del señor Gilbert Bitti, asesor jurídico *senior* de la División de Cuestiones Preliminares, Corte Penal Internacional. Las opiniones expresadas corresponden solo a la autora y no comprometen ninguna posición institucional.

ZUSAMMENFASSUNG. Der sogenannte *cross-fertilization process* erweist sich an einer der Schnittstellen der Gerichtsbarkeit von Interamerikanischem Gerichtshof und Internationalem Strafgerichtshof als besonders interessant: die Auslegung und Anwendung der Regel vom Ausschöpfen der nationalen Rechtsmittel und das Komplementaritätsprinzip. Obwohl es sich hierbei um inhaltlich voneinander verschiedene Systeme völkerrechtlicher Verantwortung handelt – die Regel der Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel funktioniert im Wesentlichen auf der Basis einer Auswertung von Effektivität und Eigenständigkeit der nationalen Verfahren –, kann die Auslegung des Interamerikanischen Gerichtshofs bezüglich der Verpflichtungen aus der Amerikanischen Konvention und, wie sich sicher vertreten lässt, des Gewohnheitsrechts auf Untersuchung, Gerichtsverfahren und gegebenenfalls Verurteilung Elemente zur Weiterentwicklung der Zulässigkeitskriterien im Kontext des IStGH liefern. Mehrere dem Komplementaritätsprinzip inherente Aspekte, die sich aus den ersten Zulässigkeitsentscheidungen des IStGH ergeben, finden ihr Korollar in der Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs zur Auslegung der Regel der Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel. Die vorgeschlagene Korrelationsanalyse stützt sich auf die vom Berufungssenat des IStGH selbst vorgenommene Interpretation des Gehalts der *international anerkannten Menschenrechte* in Artikel 21.3 des Statuts des IStGH selbst in Angelegenheiten, die die Gerichtsbarkeit des IStGH betreffen, auf die auch die Rechtsprechung des Interamerikanischen Gerichtshofs Bezug nimmt.

Schlagwörter: Internationales Rechte der Menschenrechte, Komplementaritätsprinzip, Ausschöpfung der nationalen Rechtsmittel, Rechtsprechung.

ABSTRACT. The so-called *cross-fertilization process* is particularly interesting in an area in which the jurisdictions of the Inter-American Court and the International Criminal Court intersect: the interpretation and application of the exhaustion of domestic remedies rule and the principle of complementarity. These are different international responsibility systems, but the exhaustion of domestic remedies rule operates on the basis of evaluating the effectiveness and genuine nature of national proceedings. Therefore, the Inter-American Court's interpretation of the obligations arising from the American Convention and, arguably, from customary law, with respect to investigation, prosecution and punishment may provide input for the development of admissibility criteria in the context of the ICC. Several interpretations regarding the principle of complementarity to be found in the early decisions on admissibility of the CCI have their corollary in the decisions of the Inter-American Court that interpret the exhaustion of domestic remedies rule. This correlation analysis is also based on the interpretation by the Appeals Chamber of the ICC of the *internationally recognized human rights* mentioned

in Article 21.3 of the Rome Statute – an interpretation which includes the jurisprudence of the Inter-American Court –, even on matters pertaining to the jurisdiction of the ICC.

Keywords: international human rights law, principle of complementarity, exhaustion of domestic remedies, case law.

1 • Introducción

La intrínseca relación entre el derecho internacional y el derecho nacional presenta particular notoriedad con referencia al paralelo que puede trazarse en los procedimientos de activación de las jurisdicciones internacionales tanto en el ámbito de los derechos humanos¹ como del derecho penal (internacional). Si bien dicha relación es inherente, aunque con distintas facetas, a los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, así como a los distintos tribunales penales internacionales, el análisis a desarrollarse aquí se centra en el paralelo entre el sistema interamericano de derechos humanos con relación al principio de subsidiariedad que orienta su activación, por un lado y, por otro, al principio de complementariedad de la Corte Penal Internacional (CPI). En ese marco, si bien el presente análisis no pretende constituir una revisión exhaustiva de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) con relación a la regla del agotamiento de recursos internos por un lado y la naciente jurisprudencia de la CPI por otro, toma en consideración algunas de las decisiones relevantes a efectos de establecer un paralelo de interpretación y aplicación entre ambos sistemas de responsabilidad internacional.

No obstante reconocer que el tipo de responsabilidad internacional en ambos casos es radicalmente distinto, esto es, por un lado de responsabilidad internacional estatal y, por otro, de responsabilidad penal individual, partiendo de la premisa de que el fundamento que orienta la adjudicación internacional en ambos casos es esencialmente común, cabe la posibilidad de trazar paralelos.² Dicho entendimiento se refuerza por

¹ Reconociendo que las reglas concernientes a los remedios locales son relevantes para la solución de controversias internacionales que involucran a los Estados, véase Chittharanjan Felix Amerasinghe: *Local Remedies in International Law*, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2004, p. 3.

² Para un estudio similar con relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Harmen van der Wit y Sandra Lyngdorf: "Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle", en *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009, p. 40.

el hecho de que tanto la Corte IDH como la CPI lidian esencialmente con las mismas conductas si se tiene en cuenta que las graves violaciones de derechos humanos pueden constituir crímenes de competencia de la CPI, en tanto y cuanto su comisión esté vinculada a los elementos contextuales correspondientes (un conflicto armado en el caso de los crímenes de guerra y un ataque generalizado o sistemático en el caso de los crímenes de lesa humanidad).³

Un análisis en ese sentido puede contribuir al proceso de interpretación (y ulterior aplicación) de los parámetros que orientan el principio de complementariedad, o sea, incapacidad y falta de voluntad. En efecto, teniendo en cuenta que el sistema regional de protección de derechos humanos opera desde mucho antes a la adopción —1 de julio de 1998— del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI), la interpretación del principio de subsidiariedad —traducido en el estándar procedimental del agotamiento de recursos internos— puede ser de utilidad en dicho cometido.⁴ Por otro lado, el llamado *cross fertilization process*⁵ puede enriquecerse con dicha discusión.⁶

La premisa anterior se sustenta esencialmente en la consideración de que la *raison d'être* de la regla del agotamiento de recursos internos está vinculada al argumento de soberanía, respecto del cual puede aludirse la existencia de consenso.⁷ En relación con esto, puede considerarse que el hecho de que la regla esté sujeta a la presunción de que el sistema judicial interno es lo suficientemente capaz de adjudicar y reparar las violaciones a los derechos humanos invocadas se basa en la consideración, desde un punto de vista lógico, de que dicho sistema funciona efectivamente y, desde una perspectiva práctica,⁸

³ Sobre dicha interpretación en el contexto de la Corte Europea de Derechos Humanos, véase Van der Wilt y Lyngdorf, o. cit.

⁴ En esta misma línea, Courtney señala, con especial referencia al crimen de desaparición forzada de personas en el caso colombiano, la inexistencia de lineamientos que por ejemplo determinen lo que constituye “retraso injustificado”, o cómo definir “falta de imparcialidad”, o. cit., nota *infra* 33, p. 699.

⁵ Como apunta Dondé, la propia CIDH ha reconocido esta práctica como *jurisprudential cross fertilization*; véase *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade, párrs. 26-8. Javier Dondé: “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai Ambos et al. (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010, p. 264.

⁶ Argumentando que el *cross fertilization process* puede generar sentencias internacionales con mayor legitimidad al recurrir al precedente de otros tribunales internacionales, Y. Shany, *The Competing Jurisdiction of International Courts and Tribunals*, 2004, p. 261, citado por Courtney, o. cit., nota *infra* 33, p. 704.

⁷ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 58. Véase también Lutz Oette: “Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations”, en Carla Ferstman et al. (eds.): *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden: Nijhoff, 2009, pp. 224-5.

⁸ Como advierte Faúndez Ledesma, si bien las decisiones de los tribunales internacionales no siempre se han avocado a encontrar una justificación teórico o práctica, en el marco de la Convención Americana pueden iden-

puede considerarse relacionado al hecho de que la decisión de admisibilidad implica el repudio de la actuación del Estado. Dicho resultado es también inherente a la decisión de admisibilidad en el contexto de la CPI, especialmente en el caso de la determinación de “falta de voluntad” que conlleva un juicio político altamente sensible.⁹

Una aproximación *contrario sensu* a la anterior lógica implica que la valoración de si un Estado ha cumplido con su obligación convencional de efectuar la represión nacional de crímenes internacionales ha de efectuarse desde la perspectiva del agotamiento de recursos internos o de la efectividad de los recursos internos. En ambos supuestos el argumento que se sigue aquí es que la jurisprudencia de la Corte IDH ofrece insumos importantes que pueden resultar útiles en el análisis de admisibilidad ante la CPI.

2. Consideraciones generales sobre la regla del agotamiento de recursos internos

La regla del agotamiento de recursos internos, cuyo origen se remonta a la protección de agentes diplomáticos extranjeros, constituye ciertamente una regla de derecho consuetudinario¹⁰ y podría también considerarse por un lado parte de las reglas o principios generalmente reconocidos en el derecho internacional¹¹, y por otro, condicionada por dichos principios.¹² Esta regla se encuentra ampliamente recogida en el derecho internacional convencional: artículo 41.c del Pacto Internacional de Derechos

tificarse una serie de consideraciones que en ese sentido también operan como justificación de la regla, más allá de las fundamentaciones que de manera explícita se derivan del texto de la Convención. Véase Héctor Faúndez Ledesma: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 2007, p. 25.

⁹ Sobre este último punto, Van der Wilt y Lyngdorf, o. cit., nota *supra* 2, p. 40.

¹⁰ En este sentido, por ejemplo, Javier Quel López: “El agotamiento de los recursos internos, criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional”, en Pacis Artes, *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Eurolex, 2005, p. 499. Considerando que se trata de una norma consuetudinaria, sin que existan razones suficientes para ser elevada a la categoría de principios generales del derecho internacional, véase Eloy Ruiloba Santana: *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional* (extracto), Valencia: Anales de la Universidad de Valencia, 1970, p. 10.

¹¹ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 395.

¹² Faúndez, o. cit., nota *supra* 8, p. 46.

Civiles y Políticos,¹³ artículo 5.2.b de su Primer Protocolo Facultativo,¹⁴ artículo 46.1.a de la Convención Americana de Derechos Humanos,¹⁵ artículos 11.3 y 14.7.a de la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial¹⁶ y artículo 22.5.b de la Convención de la ONU contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes.¹⁷

En consecuencia, tanto la CADH como el Estatuto de la Comisión y sus Reglas requieren que el peticionario agote los recursos domésticos o internos. Como apunta Faúndez, la expresión *recursos internos* se refiere a las vías legales previstas para remediar la situación jurídica que se considera infringida, contempladas por el derecho interno. En consecuencia, una de las principales cuestiones radica en determinar el tipo y las características de los recursos a agotar.¹⁸

En el contexto de la Convención Americana de Derechos Humanos, los aspectos que hacen a la aplicabilidad de la regla de relevancia para el presente análisis pueden considerarse un corolario del propio preámbulo que indica que la protección internacional de los derechos humanos es “*coadyuvante o complementari[a] de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos*”. Dichos aspectos se desprenden de las excepciones a la regla que imprime el artículo 46.2 de la CADH, a saber: i) cuando la legislación del Estado denunciado no contempla a cabalidad el debido proceso; ii) cuando hay un rechazo arbitrario del acceso a la justicia por las autoridades; y iii) cuando hay un retraso injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos, haciendo que estos sean simplemente dilatorios¹⁹ (criterio del plazo razonable).

¹³ El Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁴ El Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo, a menos que se haya cerciorado de que: b) El individuo ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna. No se aplicará esta norma cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁵ Para que una comunicación o petición presentada conforme a los artículos 44 o 45 sea admitida por la Comisión, se requerirá: a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

¹⁶ El Comité conocerá de un asunto que se le someta, de acuerdo con el párrafo 2 del presente artículo, cuando se haya cerciorado de que se han interpuesto y agotado todos los recursos de jurisdicción interna, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la sustanciación de los recursos se prolongue injustificadamente.

¹⁷ La persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer; no se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de violación de la presente Convención.

¹⁸ Faúndez, o. cit., *supra* nota 8, p. 46.

¹⁹ Artículo 46.2.

La mencionada relevancia se remonta al hecho de que el criterio de falta de voluntad del test de complementariedad del ECPI ha de interpretarse a la luz de los estándares del debido proceso en los casos de juicios falsos o aparentes que sirven para eludir la responsabilidad penal individual, cuando existe retraso injustificado, o procedimientos faltos de independencia o imparcialidad, o cuando los procedimientos son conducidos de tal manera que resulta inconsistente con la intención de conducir a una persona a la justicia (artículo 17.2 del ECPI).²⁰ Asimismo, el hecho de que la ausencia de un efectivo remedio local dispensa la obligación de agotar los recursos internos²¹ a tiempo que coloca a las víctimas en una situación de vulnerabilidad y, por tanto, de justificación de la protección internacional,²² puede considerarse que presenta un punto de conexión con la interpretación desarrollada por la jurisprudencia emergente de la CPI con relación al escenario de inactividad.²³ En este sentido, resulta también interesante mencionar que la inexistencia del principio de plazo razonable en los procedimientos nacionales ha sido reafirmada en la jurisprudencia de la Corte IDH como una excepción a la regla del agotamiento de recursos internos, esto es, a la necesidad de demostrar su agotamiento.²⁴ Por otro lado, el principio ha dado pie también a considerar la aplicación del concepto de *inefectividad* y constituye así uno de sus parámetros de interpretación, el mismo que en un espectro más amplio está esencialmente vinculado a la inexistencia de recursos locales, la inexistencia de juicios justos o la inexistencia del principio de plazo razonable en el caso *sub judice*.²⁵

Otra cuestión que amerita un paralelo entre ambos sistemas es, en principio, la relativa a la renuncia del Estado al requerimiento del agotamiento de recursos internos, en correlación con los llamados *self referrals* en el marco del ECPI. En el primer contexto, dicha situación se presentó por primera vez en el marco del sistema interamericano en

²⁰ Considerando que el art. 17.2 comprende criterios exhaustivos, véase El Zeidy, o. cit., nota *infra* 23, p. 102.

²¹ Oette, o. cit., nota *supra* 7, p. 225.

²² Héctor Faúndez Ledesma: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2007, p. 10.

²³ La cuestión de los *self-referrals* y su compatibilidad con el principio de complementariedad fue puesto en la palestra inicialmente por Uganda, dando pie a los cuestionamientos relacionados al caso en el que el Estado renuncia a su jurisdicción a favor de la CPI. Para un análisis al respecto, véase Mohamed El Zeidy: "The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: an Assessment of the First State's Party Referral to the ICC", en *International Criminal Law Review*, 5(83), 2005, pp. 83-119.

²⁴ Por ejemplo, en *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 7 de junio de 2003, serie C, n.º 99, § 67, en el que la Corte reitera que "el retardo injustificado es una reconocida excepción al previo agotamiento de los recursos internos".

²⁵ Oette, nota *supra* 7, p. 225.

el asunto *Viviana Gallardo y otras*,²⁶ que fuera sometido directamente por el gobierno de Costa Rica, el mismo que renunciara formalmente al procedimiento ante la Comisión y al requerimiento del previo agotamiento de los recursos internos. En dicha ocasión, la Corte IDH, siguiendo la interpretación de la Corte Europea de Derechos Humanos, se pronunció en el siguiente sentido:

Según los principios del derecho internacional generalmente reconocidos y la práctica internacional, la regla que exige el previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder ante un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos por sus propios medios. Se le ha considerado así como un medio de defensa (del Estado) y como tal, renunciable aun de modo tácito. Dicha renuncia, una vez producida, es irrevocable.²⁷ A lo que añadió que “[...] como estamos en presencia de requisitos de admisibilidad de una queja o denuncia ante la Comisión, en principio corresponde a esta pronunciarse en primer término. Si posteriormente, en el debate judicial se plantea una controversia sobre si se cumplieron o no los requisitos de admisibilidad ante la Comisión, la Corte decidirá, acogiendo o no el criterio de la Comisión, que no le resulta vinculante del mismo modo que tampoco la vincula su informe final”.²⁸

Dicho racional, que fuera seguido por la Corte en decisiones ulteriores, matizando que,

de los principios de derecho internacional generalmente reconocidos resulta, en primer lugar, que se trata de una regla cuya invocación puede ser renunciada en forma expresa o tácita por el Estado que tiene derecho a invocarla [...] (sentencias sobre excepciones preliminares en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, y *Godínez Cruz*),²⁹

²⁶ El caso involucró la muerte de Viviana Gallardo en una prisión a consecuencia de las lesiones sufridas por sus compañeras de celda.

²⁷ *Viviana Gallardo y otras*, Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 1981, § 26, citando jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos: Caso *De Wilde, Ooms y Versyp “Vagrancy Cases”*, sentencia de 18 de junio de 1971.

²⁸ *Ibidem*, § 27. Cabe apuntar que, en consecuencia, el asunto fue remitido a la Comisión para su respectivo análisis, la misma que mediante resolución n.º 13/83, de 30 de junio de 1983, declaró inadmisibile la petición. El mencionado pronunciamiento contó con el voto razonado del juez Cançado Trindade con relación a que el rechazo por la Comisión de una objeción de no agotamiento de recursos internos debería considerarse definitiva.

²⁹ Sentencias sobre excepciones preliminares de 26 de junio de 1987 en los asuntos *Velásquez Rodríguez*, § 88, *Fairén Garbi y Solís Corrales*, § 87, y *Godínez Cruz*, § 90. Citados por H. Faúndez Ledesma: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Revista IIDH*, n.º 46, 2007, pp. 47-48.

presenta similitud con la concepción tradicional del principio de complementariedad basada en la noción de soberanía y de intereses estatales. En efecto, conforme a dicha concepción, el principio de complementariedad constituye un incentivo para la persecución penal nacional, representando, en el marco de la jurisdicción una expresión de la soberanía del Estado. La cuestión de la renuncia del Estado a la regla del agotamiento previo de los recursos internos podría asimilarse a los *self referrals* en el contexto de la CPI, esto es, situaciones que son remitidas por el propio Estado —cual ha sido el caso en las situaciones del Congo, Uganda, República Centroafricana, que fueran adjudicadas por la CPI. El análisis a profundidad de estos puntos, sin embargo, cae fuera del alcance de esta contribución, bastando aquí la mera referencia.

2.1. La regla del agotamiento de recursos internos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

A efectos del presente análisis se considera que las siguientes categorías facilitan el análisis paralelo propuesto. Estas categorías, que se elaboran a continuación, departen de los elementos estructurales que hacen a la exigencia y el cumplimiento de la regla, los mismos que paulatinamente han sido identificados por la jurisprudencia internacional.³⁰

2.1.1. Consideraciones generales referentes a la obligación convencional

Como apunta Ambos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido consistente, desde *Velásquez Rodríguez*, en interpretar que los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación de investigar y llevar adelante la persecución penal de crímenes internacionales.³¹

La pregunta de si dicha obligación (de efectuar la persecución penal) existe para los Estados y hasta qué punto a efectos de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos, ha sido una cuestión considerada inicialmente por la Corte en el mencionado caso *Velásquez Rodríguez*, la misma que siguiendo la postura de la Comisión, se pronunció en el sentido de que

³⁰ Quel Lopez, o. cit., nota *supra* 10, p. 503.

³¹ Kai Ambos: "The Legal Framework of Transitional Justice", en Kai Ambos et al. (eds.): *Building a Future on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2009, p. 30 (mayores referencias en pie de p. 68).

la obligación de investigar debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano al fracaso, y que debe 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 asuma su responsabilidad de buscar la verdad.³²

Dicha interpretación es particularmente relevante *vis-à-vis* los parámetros del criterio de falta de voluntad del artículo 17.2.a y c en el sentido que la decisión nacional fuera adoptada con el propósito de sustraer a la persona de su responsabilidad penal por crímenes de competencia de la CPI o que la sustanciación del proceso fuera incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia, respectivamente. Por otro lado, condice con la posibilidad de actuación del fiscal *motu proprio* en la apertura de investigaciones, así como en la sustanciación general de los procesos. En el paralelo propuesto, resulta de relevancia notar, como advierte Courtney, que en la única situación que hasta la fecha ha ameritado la apertura de una investigación *motu proprio*, esto es, la situación de Kenia, que también constituye un caso de inacción o inactividad³³ en el que el gobierno ha manifestado su aquiescencia a la investigación de la CPI, los criterios de falta de voluntad o de incapacidad no han sido objeto aún de evaluación de la CPI.³⁴

Por otro lado, teniendo en cuenta que desde *Velasquez Rodríguez*,³⁵ *Godínez Cruz*,³⁶ y *Neira Alegría y otros*,³⁷ la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido consistente al establecer que una violación de cualquiera de los derechos establecidos en la CADH, en particular de aquellos que hacen a las garantías judiciales (artículo 8), necesariamente involucra la violación de la protección general del artículo 1.1, esto es, la obligación general de los Estados de asegurar el cumplimiento de todos los derechos y garantías protegidos por la CADH. Dicha obligación general involucra el deber de establecer el necesario esquema institucional/estructural para la realización de tales derechos y garantías, incluyendo el derecho a la adecuada asistencia jurídica.³⁸ Esta constituye también una

³² *Velásquez Rodríguez*, sentencia de 29 de julio de 1988, § 177, y *Godínez Cruz*, sentencia de 20 de enero de 1989, § 188.

³³ International Criminal Court, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01-09, Pre-Trial Chamber II, 31.3.2009, § 54 (stating that there was a situation of complete inactivity).

³⁴ Jocelyn Courtney: "Enforced Disappearances in Colombia: a Plea for Synergy between the Courts", en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010, p. 699.

³⁵ Sentencia de 29 de julio de 1988, § 162 y 166.

³⁶ Sentencia de 20 de enero de 1989, § 171 y 175.

³⁷ Sentencia de 19 de enero de 1995, § 85.

³⁸ *Excepciones al agotamiento de los recursos internos*, opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, serie A, n.º 11, § 24.

interpretación de interés en el contexto del ECPI. En efecto, si se tiene en cuenta que el criterio de incapacidad del test de complementariedad del artículo 17.3 explícitamente hace referencia a la incapacidad de los sistemas jurídicos nacionales, la interpretación de dicho criterio, las violaciones determinadas por la Corte IDH con relación a las obligaciones del Estado a la luz del mencionado deber de poner en práctica un sistema estructural que favorezca el respeto de los derechos y garantías judiciales, podría constituir un importante indicador de la incapacidad del Estado en cuestión y, argumentablemente, podría ser también relevante para la interpretación de “los principios del debido proceso reconocidos por el derecho internacional”, de conformidad con el artículo 17.2.

2.1.2. El concepto de rechazo de acceso a la justicia

Un aspecto en común que hace a la aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos y del principio de complementariedad es el concepto de denegación de justicia. Si bien la definición del concepto no es objeto de consenso,³⁹ existe cierto grado de aceptación con relación a los aspectos que hacen a su aplicación que pueden derivarse de la jurisprudencia de la Corte IDH y que, a su vez, podrían resultar útiles en su aplicación en el ámbito de la CPI.

Entre los aspectos que hacen a la interpretación y aplicación del concepto, de particular interés resulta el debate suscitado en torno a la garantía de un tribunal independiente e imparcial y la jurisdicción militar. En *Castillo Petruzzi y otros*, la Corte IDH, en su sentencia de fondo, manifestó que constituye un principio básico el derecho a ser juzgado por tribunales de justicia ordinarios; constituye un corolario de ello el impedimento para el Estado de crear tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponde normalmente a los tribunales ordinarios.⁴⁰

2.1.3. Violaciones masivas a los derechos humanos

En el contexto de violaciones masivas a los derechos humanos, Faúndez señala que en casos de violaciones sistemáticas de los derechos humanos por motivos de discriminación, el requerimiento de agotamiento de recursos internos no es procedente, bajo

³⁹ Amerasinghe, o. cit., nota *supra* 1, p. 91.

⁴⁰ *Castillo Petruzzi y otros*, CIDH, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 129.

la premisa de que en tales circunstancias estos no son precedentes ni efectivos.⁴¹ Similar racional se encuentra en los casos *Velásquez Rodríguez*, *Godínez Cruz*, y *Fairén Garbi y Solís Corrales* concernientes a Honduras, que involucraban “prácticas constitutivas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos”, esencialmente referidas al caso de la desaparición forzada de personas, en los cuales la ineffectividad del poder judicial resultaba evidente y daba lugar, en consecuencia, a la apreciación de la inexistencia de recursos eficaces a agotar.

Dicha interpretación es radicalmente distinta en el marco del análisis de complementariedad aplicado al ámbito de los crímenes de lesa humanidad —cuyo contexto de comisión se remonta a un “ataque generalizado o sistemático contra la población civil”—. Teniendo en cuenta que el análisis de complementariedad en el marco del ECPI opera de manera independiente y autónoma a la naturaleza de los crímenes y que, conforme a la jurisprudencia emergente en materia de admisibilidad de la CPI, el análisis de los criterios de incapacidad o falta de voluntad es inexistente o improcedente en casos de *inactividad*, la disparidad de perspectiva es evidente. No obstante la diferencia de ámbitos de protección, resulta pertinente resaltar dicha distinción a efectos del análisis en cuestión, toda vez que, si bien el resultado es similar en ambas esferas —esto es, la admisibilidad en el nivel internacional—, la lógica es distinta en ambos contextos. Por otro lado, de manera transversal, es importante considerar la implicancia que la mencionada interpretación de la Corte IDH reviste *vis-à-vis* la importancia de los procesos de implementación en el ámbito nacional. En efecto, la inexistencia de recursos eficaces puede depender en gran medida de la existencia (o no) de leyes nacionales que permitan la persecución nacional de crímenes internacionales.

Los tres casos anteriormente mencionados, como apunta Cançado Trindade,⁴² constituyen un aporte principalmente en relación con dos vertientes. A saber, por un lado respecto de la interpretación de la regla del agotamiento de recursos internos y, por otro, respecto de la interrelación de las funciones de la Corte y de la Comisión en la aplicación de la regla. En el primer caso, la Corte ha considerado que un recurso es eficaz si es ‘capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido’, y es adecuado si su

⁴¹ Héctor Faúndez Ledesma: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (ponencia ofrecida en el marco del XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos), *Revista IIDH*, n.º 46, 2007 <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf> [16.12.2010].

⁴² Augusto Cançado Trindade: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 1991, pp. 39-40.

función es ‘idónea para proteger la situación jurídica infringida’.⁴³ Este entendimiento es relevante y también válido para el siguiente punto de análisis.

2.1.4. El derecho a un recurso doméstico efectivo

Uno de los elementos esenciales que hacen a la aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos es la existencia (o no) de un recurso doméstico efectivo en las jurisdicciones internas. En efecto, la inexistencia de un recurso efectivo es el elemento que da lugar a la excepción de la regla en el marco del artículo 46.2.b de la CADH. En ese sentido, es importante identificar los aspectos de interpretación relevantes que han sido elucidados por la jurisprudencia de la Corte IDH.

En *Castillo Paéz c. Perú* (1997), en *obiter dicta*, la Corte interpretó que el derecho a un recurso efectivo ante las instancias nacionales respectivas, constituye uno de los pilares básicos no solo de la CADH sino del propio Estado de derecho en el sentido de la Convención y que este ha de ser interpretado en relación con la obligación general que dimana del artículo 1.1 de la CADH en el sentido de conferir funciones de protección en los sistemas nacionales de los Estados partes. En ese sentido, el recurso de hábeas corpus tiene el propósito no solo de garantizar la libertad personal e integridad, sino también —y de importancia en el marco de la aplicación general de la CADH— prevenir la ocurrencia de desapariciones contrarrestando la existencia de periodos extensos de indeterminación del lugar de detención y, en última instancia, asegurando la protección del derecho a la vida.⁴⁴

Cabe señalar, sin embargo, que en otras ocasiones la Corte IDH se ha pronunciado sobre la admisibilidad de una petición con relación al criterio de la *disponibilidad*, más que de un *recurso efectivo*. En términos generales, se colige que no es solo necesario que los recursos a agotar se encuentren en la legislación nacional sino que además resulten accesibles en el caso particular. Si bien, como señala Faúndez,⁴⁵ el requerimiento de la disponibilidad no emana de manera expresa de la CADH, dicha mención puede encontrarse en otras fuentes convencionales: la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 14.7.a) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (artículo 22.5.b).

⁴³ CIDH, caso *Velásquez Rodríguez*, § 28-9.

⁴⁴ Por ejemplo, *Castillo Paéz c. Perú*.

⁴⁵ Faúndez, o. cit., nota *supra* 41, p. 47.

La existencia de un recurso efectivo, en un paralelo con el requerimiento de admisibilidad conforme al ECPI, encuentra su corolario en el criterio de incapacidad del principio de complementariedad, teniendo en cuenta que su formulación en el artículo 17.3 del ECPI resulta amplia “[...] o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio”. Entre dichas razones, puede considerarse que la falta de condiciones para llevar a cabo el juicio (o más bien proceso penal) bien puede asimilarse con la inexistencia de un recurso efectivo. Esto es así si se asimila la existencia de un recurso efectivo con la disponibilidad de recursos de apelación independientes e imparciales, por ejemplo.⁴⁶

En ese marco, uno de los puntos de consideración que resulta transversal para el análisis tanto de complementariedad como del agotamiento de recursos internos, es la jurisdicción militar en su dimensión de recurso efectivo (no obstante que esta da pie también al análisis del debido proceso).

2.1.5. Aspectos conflictivos de transposición

En los anteriores supuestos, la transposición del análisis de la regla del agotamiento de recursos internos al ámbito del análisis de admisibilidad de la CPI resulta menos controversial que en el caso de las amnistías (a presuntos responsables de crímenes internacionales), en el cual la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido tajante en considerarlas contrarias al espíritu de la CADH y, de este modo, incapaces de constituir una solución adecuada. Así por ejemplo, en el caso *de la Masacre de Mapiripán contra Colombia*, la Corte, reiterando su jurisprudencia anterior,⁴⁷ manifestó:

[...] ninguna ley ni disposición de derecho interno puede impedir a un Estado cumplir con la obligación de investigar y sancionar a los presuntos responsables de violaciones a los derechos humanos. En particular, son inaceptables las disposiciones de amnistía, las reglas de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretenden impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos —como las del presente caso, ejecuciones y desapariciones—. El Tribunal reitera que la obli-

⁴⁶ En este sentido, con relación a procesos administrativos, véase Juan Ignacio Mondelli: “Los estándares internacionales de protección y el nuevo decreto supremo sobre refugiados: avances y retrocesos en el nuevo marco normativo interno”, en Defensor del Pueblo de Bolivia: *Derechos humanos y acción defensorial*, 1(1), 2006, p. 221.

⁴⁷ Los casos citados por la propia Corte en su sentencia de 15 de septiembre de 2005, son: caso de la *Comunidad Moiwana*, § 206; caso de las *Hermanas Serrano Cruz*, § 172; caso de los *Hermanos Gómez Paquiyauri*, § 175; caso *19 comerciantes*, § 262; caso *Molina Theissen, reparaciones*, párrs. 83-4; caso *Myrna Mack Chang*, párrs. 276-7; caso *Bulacio*, § 116; caso del *Caracazo, reparaciones*, § 119; caso *Trujillo Oroza, reparaciones*, § 106; caso *Barrios Altos, interpretación de la sentencia de fondo*, § 15; caso *Barrios Altos*, § 41; caso *Castillo Páez, reparaciones*, § 105, y caso *Loayza Tamayo, reparaciones*, § 168.

gación del Estado de investigar de manera adecuada y sancionar, en su caso, a los responsables debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse.⁴⁸

En el ámbito del ECPI, la asimilación de las amnistías en el marco del análisis de complementariedad reviste otra dimensión. En efecto, se ha reconocido ampliamente que no existe, per se, un carácter prohibido de las amnistías, sino que más bien el contexto y alcance de estas da pie a considerar su validez (o no) *vis-à-vis* el principio de complementariedad.⁴⁹

2.1.6. La inexistencia de debido proceso legal

En ciertos casos, la inexistencia de elementos estructurales que hacen a un debido proceso ha dado lugar a que la Corte IDH —siguiendo la postura de la Comisión— se pronuncie en el sentido de que es innecesario el agotamiento de recursos internos, según la interpretación trazada en la opinión consultiva de 1990.⁵⁰ Aquí también resulta de interés el caso *Castillo Petruzzi y otros*, en el que la Comisión, aplicando el artículo 46.2 de la Convención, consideró que los decretos leyes 25659 y 25708 expedidos por el Perú sobre el delito de traición a la patria y las normas procesales correspondientes, no se ajustaban a las normas del debido proceso y que por tanto dispensaban a los peticionarios de la obligación de demostrar el agotamiento de recursos internos.

En el análisis paralelo propuesto aquí, la anterior interpretación encuentra su corolario en el marco del principio de complementariedad en cuanto a la dimensión que presenta el debido proceso *vis-à-vis* el análisis de admisibilidad. Si bien puede considerarse que el análisis del criterio de falta de voluntad, conforme al artículo 17.2 del ECPI, que literalmente se refiere a “los principios de un proceso con las debidas garantías reconocidos por el derecho internacional” está guiado por la existencia (o no) del debido proceso en relación a los tres casos que taxativamente enumera el mencionado artículo, esto es, i) procesos penales ficticios; ii) retardo injustificado; iii) inexistencia de un proceso independiente e imparcial, la posibilidad que el debido proceso en las jurisdicciones

⁴⁸ Caso de la masacre de Mapiripán c. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, § 304.

⁴⁹ Para un análisis sobre la interpretación de los diferentes escenarios que presenta la aplicación de amnistías *vis-à-vis* el principio de complementariedad del ECPI, véase Jan Kleffner: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, New York: Oxford University Press, 2008, pp. 264-7.

⁵⁰ Opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

nacionales sea considerado per se, esto es, al margen de su análisis en relación con las situaciones enumeradas en el mencionado artículo, es una cuestión que no resulta tan aparente.

3 ● Jurisprudencia emergente en materia de admisibilidad ante la CPI y su relación con la regla del agotamiento de recursos internos

La jurisprudencia de la CPI sobre la determinación de admisibilidad, de relevancia para el presente análisis, ha establecido que la admisibilidad de un caso conforme al artículo 17.1.a, b y c del ECPI depende esencialmente de las actividades de investigación y persecución penal del Estado de la jurisdicción.⁵¹ Esto implica que el momento relevante a efectos del análisis de una impugnación de admisibilidad es el momento en el que los procedimientos nacionales concernientes a la impugnación se desarrollan. En consecuencia, cualquier cambio de circunstancias fácticas puede modificar, más adelante, la determinación de admisibilidad (o inadmisibilidad). En ese marco, no solo la existencia de procedimientos nacionales sino esencialmente su carácter genuino y efectividad son de relevancia para el análisis de complementariedad. Teniendo en cuenta que la regla del agotamiento de recursos internos funciona esencialmente sobre la base del análisis del desarrollo de los procedimientos nacionales, cabe reiterar que la interpretación de la Corte IDH con relación a las obligaciones convencionales que dimanar de la CADH y, argumentablemente, del derecho consuetudinario de investigar, procesar y, en su caso, sancionar puede aportar elementos de análisis para el progresivo desarrollo de la interpretación de los criterios de admisibilidad.

El anterior planteamiento es factible si se tiene en cuenta que conforme al artículo 21.3 del ECPI la aplicación e interpretación del derecho aplicable por la CPI, “[...] *deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos [...]*”.⁵² El contenido de dicho estándar ha sido interpretado y aplicado por la CPI a la luz de la jurisprudencia de los sistemas regionales de protección de derechos humanos (además de

⁵¹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009, § 1, 56.

⁵² Énfasis añadido.

las resoluciones de la Asamblea General de la ONU).⁵³ Así, por ejemplo, en la Decisión sobre la Solicitud de la Fiscalía para la Emisión de una Orden de Detención en *Lubanga*, la Sala de Cuestiones Preliminares I consideró que la determinación, conforme al artículo 58.1.a del ECPI, de la existencia de “motivos razonables” para creer que la persona, cuya detención se solicita, ha cometido un crimen de competencia de la CPI, solo puede tener una interpretación consistente con los derechos humanos reconocidos internacionalmente si se efectúa a la luz del estándar europeo de “indicios racionales (o razonables)” (artículo 5.1.c del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la interpretación de la Corte IDH respecto del derecho a la libertad personal (artículo 7 CADH)).⁵⁴ Teniendo en cuenta la interpretación de la Sala de Apelaciones de la CPI respecto a que “los derechos humanos son subyacentes al ECPI; a cada aspecto del mismo incluyendo el ejercicio de la jurisdicción de la CPI”,⁵⁵ es razonable apuntar a la interpretación y aplicación de los parámetros de admisibilidad que hacen al principio de complementariedad en atención a la interpretación y aplicación de la Corte IDH de la regla del agotamiento de recursos internos.

Para que los procedimientos nacionales alcancen la determinación de inadmisibilidad, en el primer caso bajo juicio ante la CPI, *Lubanga*, se estableció que una condición *sine qua non* es que tanto la persona como la conducta que constituyen el objeto del caso ante la CPI sean los mismos ante el sistema nacional.⁵⁶ Dicha interpretación fue más adelante adoptada en *Harun y Kushayb*.⁵⁷ Resulta evidente que de ambos supuestos de verificación, la identidad de la conducta es el aspecto menos evidente o, al menos, sujeto a interpretación. Esto es más problemático aún en el supuesto de análisis de conductas que fuera del elemento contextual, presenten identidad, esto es, que a la vez puedan constituir crímenes ordinarios y crímenes internacionales —la cuestión se presenta de manera particular en los casos de crímenes de lesa humanidad (el particular elemento subjetivo de intencionalidad que caracteriza la figura del genocidio, por un lado, y, por otro, el contexto del conflicto armado que hace a la existencia de los crímenes de guerra,

⁵³ Gilbert Bitti: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of the Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten Stahn y Göran Sluiter (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Países Bajos: Koninklijke Brill N.V., p. 301.

⁵⁴ *Prosecutor c. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006, § 12 (citando jurisprudencia de la CIDH).

⁵⁵ *Prosecutor c. Lubanga*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19.2.a of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006, § 37 (traducción libre).

⁵⁶ *Prosecutor c. Lubanga*, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006, § 31.

⁵⁷ *Prosecutor c. Harun y Kushayb*, ICC-02/05-01/07-1-Corr, PTC-I, 27 April 2007, § 24.

hace que ambos tipos de crímenes sean más fácilmente distinguibles). En este contexto, resulta de interés mencionar que en el caso de la desaparición forzada de personas, la Corte IDH contempla en el marco de las reparaciones la obligación del Estado de efectuar la tipificación penal de la conducta. En efecto, en *Trujillo Oroza contra Bolivia*, la CIDH determinó la responsabilidad del Estado boliviano considerando que las violaciones de derechos humanos verificadas en el caso eran constitutivas de la conducta de desaparición forzada de personas, inexistente en el ámbito de los ordenamientos nacionales —precisamente en el caso boliviano, la tipificación de la conducta fue el resultado de la sentencia de la CIDH (que dictaminó la obligación de tipificación). Así, la conducta fue tipificada a principios del 2006, como respuesta a la sentencia de la CIDH, en el ámbito de delito ordinario (no como crimen de lesa humanidad, al no haberse incluido el elemento contextual de los crímenes de lesa humanidad).⁵⁸

La interpretación y práctica seguida en ese tipo de casos por la CIDH resulta de interés en lo que constituye la apreciación de la identidad de la conducta en el mencionado test desarrollado para el análisis de admisibilidad. En efecto, aun en el caso de inexistencia de tipificación alguna en el ordenamiento nacional —cuyo caso emblemático es el crimen de desaparición forzada de personas— la determinación de la CIDH de la obligación de tipificación del crimen, como parte de las medidas de reparación, constituye un reconocimiento internacional de la existencia de la conducta que, al margen de la existencia (o no) de tipificación a nivel interno, ameritaría la determinación de identidad de conducta a efectos del análisis de admisibilidad por la CPI. La apreciación de la CIDH resulta, en consecuencia, de particular interés en este tipo de casos, y de manera especial con relación a los crímenes de lesa humanidad donde, como se manifestara anteriormente, la tipificación y, por ende, la asimilación de las conductas es menos evidente, (teniendo en cuenta la dispersa apreciación del elemento contextual). En principio, y considerando que las violaciones a los derechos humanos, objeto de adjudicación por la CIDH, presentan una alta probabilidad de constituir a la vez crímenes de competencia de la CPI, la determinación de la CIDH podría satisfacer el análisis (y determinación, en su caso) de la existencia de identidad de conducta a efectos del análisis de la admisibilidad. La importancia de dicha asimilación de interpretación es particularmente relevante *vis-à-vis* la inexistencia, deficiencia o tipificación reciente de los crímenes de competencia de la CPI, y de manera particular, de los crímenes de lesa humanidad.

⁵⁸ Al respecto véase, Elizabeth Santalla Vargas: "Informe sobre Bolivia", en Kai Ambos et ál. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006, pp. 123-5.

En el supuesto del artículo 17.1.b, cuando después de abierta la investigación se decide sobreseer el caso (salvo que la decisión hubiera obedecido a la falta de voluntad de llevar a cabo el juicio o que exista incapacidad para ello), en *Katanga/Chui* se estableció que dicha decisión de no enjuiciar no alcanza las decisiones que un Estado asuma de cerrar un caso en razón a la entrega del sospechoso a la CPI.⁵⁹ Dicha determinación fue también adoptada en *Bemba*, caso en el que la Sala de Apelaciones confirmó ser innecesario el análisis de la incapacidad genuina, planteada por la defensa, al no existir una decisión de sobreseimiento.⁶⁰ Así, en la línea trazada por la Sala de Apelaciones al presente, las decisiones judiciales nacionales que renuncian a la jurisdicción nacional en favor de la jurisdicción de la CPI, son decisiones que per se no ameritan mayor escrutinio respecto de las razones subyacentes. En ese sentido, podría interpretarse que la Sala de Apelaciones avala la elección de las jurisdicciones nacionales respecto del fuero jurisdiccional —en este caso de la CPI—, las mismas que se constituyen en su propio árbitro respecto de su capacidad de enjuiciar —y probablemente de investigar—. Si bien tal interpretación favorece la búsqueda de inexistencia de impunidad, parecería reñir con el espíritu de la complementariedad. El análisis en profundidad de este punto, sin embargo, cae fuera del alcance del presente trabajo; mas por el contrario, suscita cuestionamientos respecto de sus repercusiones en el ámbito del sistema interamericano.

Es decir, de qué manera interpretaría la Corte IDH (y, en su caso, la Comisión) la decisión de las jurisdicciones nacionales de renunciar a su jurisdicción a favor de la CPI? Dicho de otro modo, constituiría la decisión de renuncia al ejercicio de la jurisdicción nacional en favor de la CPI, una excepción a la obligación convencional de los Estados de investigar y enjuiciar? Si bien la pregunta resulta hipotética al presente, dada la convergencia material que puede suscitarse entre los crímenes de competencia de la CPI y las graves violaciones a los derechos humanos invocadas ante el sistema interamericano, no resulta insulsa. En dicho espectro podría trazarse una analogía con relación a la interpretación realizada en el contexto de la causal de exclusión de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951), artículo 1.F.a, respecto a considerar que la imputación de crímenes internacionales por tribunales internacionales satisface el estándar de motivos fundados para considerar que una persona es responsable de crímenes internacionales —objeto de la exclusión del estatuto de refugiado—. Esta posible analogía

⁵⁹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OAB, Appeals Chamber, 25 September 2009, § 83.

⁶⁰ La decisión nacional en cuestión se trataba de una Orden librada el 16 de septiembre de 2004 por la Corte Regional de Bangui en la República Central Africana que declaraba el sobreseimiento de los cargos en razón a constituir estos la base de los cargos ante la CPI.

plantea la posibilidad de una modificación o *relajación* en los cánones de interpretación de la regla a partir de las interpretaciones avanzadas por la CPI en cuanto a los criterios de admisibilidad, cuyo punto concreto de ejemplificación se desprende de la hipótesis planteada en este punto.

Con relación al tiempo de análisis de los criterios de falta de voluntad o incapacidad, la Sala de Apelaciones determinó en *Katanga/Chui* que este procede solo en los casos en los que las investigaciones o enjuiciamientos han sido llevados a cabo o están en curso. En consecuencia, una situación de inactividad del Estado de la jurisdicción lleva a la determinación de admisibilidad, siempre y cuando esta alcance el umbral de gravedad, conforme al artículo 17.1.*d*.⁶¹ En términos generales puede considerarse que la valoración de una situación de inactividad en el Estado de la jurisdicción resulta convergente en ambos ámbitos jurisprudenciales de interés aquí, esto es, de la CIDH y de la CPI. En efecto, desde el primer caso que suscitó el pronunciamiento relativo a la falta de actividad de un Estado, esto es, el caso de la *Panel Blanca*, la CIDH ha asimilado la situación de inactividad con un estado de impunidad, considerando esta última como “[...] la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la CADH, toda vez que el Estado 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”.⁶²

Conclusión

Una de las áreas de peculiar intersección de las jurisdicciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Penal Internacional, como puede advertirse del análisis previo, es la referida a la regla del agotamiento de recursos internos y los parámetros que hacen al análisis de admisibilidad en el marco del ECPI. Esta es, en consecuencia, una de las áreas donde el llamado *cross-fertilization process* encuentra un importante punto de interés.

⁶¹ *Prosecutor c. Katanga/Chui*, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009, párrs. 1, 76-9, 97.

⁶² Caso de la *Panel Blanca (Paniagua Morales y otros c. Guatemala)*, sentencia de 8 de marzo de 1998, § 173.

En efecto, no obstante de tratarse de sistemas de responsabilidad internacional distintos en cuanto a su naturaleza, particularmente teniendo en cuenta que a la luz del artículo 21.3 del ECPI la aplicación e interpretación del derecho aplicable para la CPI (establecido en el artículo 21) ha de ser consistente con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, la interpretación y aplicación de aspectos que hacen a la regla del agotamiento de recursos internos constituye un importante insumo. La articulación de la jurisprudencia de la Corte IDH con relación al artículo 21.3 es, por tanto, un ámbito ciertamente de interés, que podría ser mayormente explorado en las futuras decisiones sobre —y en conexión— con la determinación de admisibilidad a la luz del principio de complementariedad.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: “The Legal Framework of Transitional Justice”, en Kai AMBOS *et ál.* (eds.): *Building a Future on Peace and Justice*, Berlín: Springer, 2009.
- AMERASINGHE, Chittharanjan Felix: *Local Remedies in International Law*, Nueva York: Cambridge University Press, 2004.
- BITTI, Gilbert: “Article 21 of the Statute of the International Criminal Court and the Treatment of Sources of Law in the Jurisprudence of the ICC”, en Carsten STAHN y Goran SLUITER (eds.): *The Emerging Practice of the International Criminal Court*, Países Bajos: Koninklijke Brill N.V., 2008.
- CANÇADO TRINDADE, Augusto: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en Instituto Interamericano de Derechos Humanos: *El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 1991.
- COURTNEY, Jocelyn: “Enforced Disappearances in Colombia: a Plea for Synergy between the Courts”, en *International Criminal Law Review*, n.º 10, 2010.
- DONDÉ, Javier: “El concepto de impunidad: leyes de amnistía y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Kai AMBOS *et ál.* (eds.): *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2010.

- EL ZEIDY, Mohamed: “The Ugandan Government Triggers the First Test of the Complementarity Principle: an Assessment of the First State’s Party Referral to the ICC”, en *International Criminal Law Review* 5(83), 2005.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: “El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, *Revista IIDH*, n.º 46, 2007, <http://www.iidh.ed.cr/BibliotecaWeb/Varios/Documentos/BD_1020951901/Faundez.pdf [16.12.2010].
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et ál. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma y Grupo Editorial Ibañez, 2005.
- IGNACIO MONDELLI, Juan: “Los estándares internacionales de protección y el nuevo decreto supremo sobre refugiados: avances y retrocesos en el nuevo marco normativo interno”, en *Revista Especializada del Defensor del Pueblo de Bolivia, Derechos Humanos y Acción Defensorial*, 1(1), 2006.
- KLEFFNER, Jan: *Complementarity in the Rome Statute and National Criminal Jurisdictions*, Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- OETTE, Lutz: “Bringing Justice to Victims? Responses of Regional and International Human Rights Courts and Treaty Bodies to Mass Violations”, en Carla FERSTMAN et ál. (eds.): *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity. Systems in Place and Systems in the Making*, Leiden: Nijhoff, 2009.
- QUEL LÓPEZ, Javier: “El agotamiento de los recursos internos, criterios uniformes de aplicación en la jurisprudencia y en la codificación internacional”, en PACIS ARTES, *Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid: Eurolex, 2005.
- RUILOBA SANTANA, Eloy: *El agotamiento de los recursos internos como condición de la responsabilidad internacional* (extracto), Valencia: Anales de la Universidad de Valencia, 1970.
- SANTALLA VARGAS, Elizabeth: “Informe sobre Bolivia”, en Kai AMBOS et ál. (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- VAN DER WILT, Harmen y Sandra LYNGDORF: “Procedural Obligations under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment

of Unwillingness and Inability in the Context of the Complementarity Principle”, en *International Criminal Law Review*, n.º 9, 2009.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Viviana Gallardo y otras, decisión de 13 de noviembre de 1981, Corte IDH (serie A, n.º G 101/81).

Garantías judiciales en estados de emergencia, Opinión Consultiva OC-9/87, de 6 de octubre de 1987, Corte IDH (serie A, n.º 9).

Fairén Garbi y Solís Corrales contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 2).

Godínez Cruz contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 3).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, excepciones preliminares, sentencia de 26 de junio de 1987, Corte IDH (serie C, n.º 1).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH (serie C, n.º 4).

Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte IDH (serie C, n.º 5).

Excepciones al agotamiento de los recursos internos, opinión consultiva OC-11/90, de 10 de agosto de 1990, Corte IDH (serie A, n.º 11).

Neira Alegria y otros contra Perú, sentencia de 19 de enero de 1995, Corte IDH (serie C, n.º 20).

Castillo Paéz contra Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 34).

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas, Corte IDH (serie C, n.º 42).

Castillo Paéz contra Perú, sentencia de 27 de noviembre de 1998, reparaciones y costas, Corte IDH (serie C, n.º 43).

Caso de la Panel Blanca (Paniagua Morales y otros contra Guatemala), sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 37).

Castillo Petruzzi y otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 52).

- Barrios Altos contra Perú*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Corte IDH (serie C, n.º 75).
- Barrios Altos contra Perú*, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia de 3 de septiembre de 2001, Corte IDH (serie C, n.º 78).
- Trujillo Oroza contra Bolivia*, reparaciones y costas, sentencia de 27 de febrero de 2002, Corte IDH (serie C, n.º 92).
- Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia sobre excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, de 7 de junio de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 99).
- Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador*, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 118).
- 19 comerciantes contra Colombia*, sentencia de 5 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 109).
- Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia de 8 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 74).
- Molina Theissen contra Guatemala*, reparaciones, sentencia de 3 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 108).
- Masacre de Mapiripán contra Colombia*, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 122).
- Comunidad Moiwana contra Surinam*, sentencia de 15 de junio de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 124).
- Almonacid Arellano y otros contra Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (voto razonado del juez Antonio Cançado Trindade), Corte IDH (serie C, n.º 154).

Corte Penal Internacional

- Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Lubanga*, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Article 58, ICC-01/04-01/06-1-Corr, PTC-I, 10 February 2006.
- Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Lubanga*, Judgment on the Appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against the Decision on the Defence Challenge to the Jurisdiction of the Court Pursuant to Article 19(2)(a) of the Statute of 3 October 2006, ICC-01/04-01/06-772, Appeals Chamber, 14 December 2006.

Situation in Darfur, Sudan, *Prosecutor v. Harun y Kushayb*, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, ICC-02/05-01/07-1-Corr, PTC-I, 27 April 2007.

Situation in the Republic of Kenya, *Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya*, ICC-01-09, Pre-Trial Chamber II, 31 March 2009.

Situation in the Democratic Republic of the Congo, *Prosecutor v. Katanga/Chui*, Judgment on the Appeal of Mr. Germain Katanga against the Oral Decision of Trial Chamber II of 12 June 2009 on the Admissibility of the Case, ICC-01/04-01/07-1497 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009.

EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO PENAL INTERNACIONAL INFORME DEL SEMINARIO BRUSELAS, 29 DE NOVIEMBRE AL 2 DE DICIEMBRE DE 2010

Salvador Herencia Carrasco

1 • Introducción

Entre el 29 de noviembre y el 2 de diciembre de 2010, se realizó el VIII encuentro del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, en la ciudad de Bruselas, Bélgica. Este encuentro siguió con el proyecto iniciado el 2009 relativo a la aplicación del derecho penal internacional por los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). En esta oportunidad, los estudios se centraron en aspectos procesales penales y la tendencia jurisprudencial de la Corte IDH *vis-à-vis* a la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (CADH).

Este seminario fue auspiciado por los Programas de Estado de Derecho para Sudamérica y para Europa de la Fundación Konrad Adenauer. El motivo por el cual la VIII reunión del Grupo Latinoamericano se llevó a cabo en Bruselas fue por la decisión de la Fundación de impulsar la creación de un Grupo Africano de Estudios de Derecho Penal Internacional. Como es sabido, la mayoría de las situaciones y casos bajo investigación de la Corte Penal Internacional se encuentran en África, por lo que la constitución de un grupo académico, con expertos en derecho penal internacional y derechos humanos provenientes de la parte francesa e inglesa, que pudiese dar un análisis regional en la interpretación, aplicación e implementación del derecho penal internacional era necesaria.

El programa del seminario estuvo dividido en cinco partes. La parte introductoria consistió en un análisis sobre la evolución de la labor de la Corte IDH y el análisis comparativo con la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La segunda

parte estuvo centrada en la ideología penal en la Corte IDH así como el uso de fuentes en los tratados internacionales. En la tercera parte se analizaron la figura del desplazamiento forzado, la prueba de casos de desaparición forzada y los elementos contextuales para la determinación de crímenes de lesa humanidad. En la cuarta parte se trabajaron aspectos de derecho procesal, tales como el principio de legalidad, la peligrosidad, los recursos del imputado, aspectos probatorios y las detenciones preventivas. Finalmente, en la quinta parte del seminario se debatió sobre el agotamiento de recursos internos, el derecho a la verdad, los estados de excepción y el sistema de reparaciones de la Corte IDH.

De forma complementaria, se organizó una conferencia pública en la sede del Consejo de Europa. La actividad final del encuentro consistió en una visita de los grupos africanos y latinoamericanos a la sede de la Corte Penal Internacional en La Haya para un encuentro con magistrados y funcionarios de la CPI.

2 ● Aspectos generales del sistema interamericano y del derecho penal internacional

1. La presentación del Prof. Dr. Kai Ambos y de la Dra. María Laura Böhm (Universidad de Gotinga) se centró en el análisis de la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte IDH. A modo de ver de los autores, la aproximación del TEDH demostraría un mayor *judicial restraint* frente a un activismo judicial más característico de la Corte IDH. Las explicaciones para esto tienen que ver con i) el contexto social, histórico y político bajo el cual actúan estos tribunales; ii) la naturaleza de los casos que llegan a estas instancias regionales; y iii) el carácter infraconstitucional de la Convención Europea, a diferencia del rango constitucional que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene en la mayoría de sus Estados partes.

De acuerdo con Ambos y Böhm, la jurisprudencia del TEDH es limitada pero a su vez extensa. Se considera limitada dado que no se imponen fallos con condenas de obligado cumplimiento, sino más bien de la constatación de situaciones de hecho para establecer la responsabilidad del Estado y sus efectos son interpartes. No obstante, en la práctica sus decisiones son extensas dado que los fallos son definitivos y los Estados están obligados a cumplir con ellos, y crea un efecto *erga omnes intra partes*, con la recepción

de los fallos en Alemania como el ejemplo de esta práctica. En este caso, el conflicto se da entre la protección de los derechos colectivos y la de los derechos individuales.

Un aspecto que se resalta es que el TEDH ve la Convención como un instrumento vivo, que adapta el texto a las necesidades y cambios sociales. Un ejemplo es lo decidido en el caso *Selmouni*, en el cual hechos que bajo el artículo 3 de la Convención Europea serían en 1950 tratos degradantes o inhumanos, hoy son considerados como tortura.

La principal diferencia que los autores ven en la práctica de estos tribunales regionales se refiere a la criminalización de conductas lesivas como medio para la protección de los derechos humanos. Mientras que la Corte IDH se ha centrado en el deber de castigar a los responsables, el TEDH ha ordenado medidas legislativas y judiciales como mecanismos necesarios para la aplicación de la ley y el acceso a la justicia penal. Es decir, el TEDH establece un deber de perseguir (obligación de medio) pero no de castigar (obligación de resultado), tal como quedó expuesto en el caso *Önerlydiz* o en el caso *Ramsahai*. Esta regla se ha visto reflejada en la protección del derecho a la vida, el derecho al debido proceso y el acceso a un recurso efectivo. En estos casos, se tiende a reafirmar el rol preventivo del derecho penal, asegurando la protección de toda persona de una eventual violación de derechos humanos (caso *Zwierzynski*).

Sin embargo, los autores consideran que a medida que el TEDH vaya conociendo de casos que puedan constituirse como crímenes internacionales (caso *Kononov*), la respuesta de este tribunal podría asimilarse al activismo judicial propio del de su par latinoamericano.

2. El Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Universidad de Buenos Aires y Universidad de Belgrano) continuó la investigación realizada el año pasado sobre la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH y su impacto en la modificación del derecho interamericano. De acuerdo con el autor, la práctica de la Corte está caracterizada por su activismo judicial, la punitivización y la nacionalización de su jurisprudencia, demostrando una tendencia antiliberal y antidemocrática.

La Corte IDH ha ido reescribiendo de forma progresiva la CADH tanto en aspectos relacionados con los derechos de la persona como en asuntos referidos a la competencia y función del tribunal. Para esto, la Corte ha creado nuevas reglas, nuevos derechos humanos, ha modificado el alcance de algunos existentes, ha extendido su competencia sobre situaciones ocurridas con anterioridad a la entrada en vigor de la Convención, así como la eficacia jurídica de sus decisiones más allá del caso concreto.

Asimismo, ha intensificado el valor de su jurisprudencia y ha aplicado un concepto amplio de reparaciones, tanto individuales como colectivas.

A lo largo de su jurisprudencia, especialmente a partir de finales de la década de los noventa, la Corte IDH ha extendido, por un lado, su *poder de control* (ampliación de la base jurídica y temporal sobre la cual 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 han modificado en tal medida su fisonomía como tribunal judicial que hoy es posible constatar una metamorfosis de la Corte IDH.

De acuerdo con *Malarino*, el activismo judicial de la Corte IDH ha llevado en la práctica a la modificación del derecho interamericano. Esto es contrario a la propia CADH por los siguientes motivos: i) bajo el artículo 33 de la Convención, este tribunal únicamente puede velar por el cumplimiento del tratado pero no puede crear, modificar o suprimir los pactos existentes, ni controlar el ejercicio de derechos consagrados en otros tratados internacionales; ii) la reforma a la CADH únicamente puede ser hecha por los Estados a la luz de lo establecido en los artículos 76 y 77 y no judicialmente; iii) la Corte es un instrumento del derecho interamericano con la específica función de interpretar y aplicar dichas normas; iv) la Corte IDH no puede hacer oponible a los Estados reglas creadas por ella misma que no están reguladas en la Convención; y v) la Corte no puede crear derecho interamericano dado que esta es una potestad exclusiva de los Estados.

La consecuencia de esta tendencia en la Corte IDH es que se están abandonando garantías liberales que servían de límite frente al poder punitivo del Estado, creando un derecho penal de excepción (la punitivización) cuya razón de ser es la de castigar, lo cual se ve reflejado en las reparaciones. A juicio del autor, estas medidas inciden en la soberanía de los Estados y la Corte IDH se va convirtiendo en una suerte de legislador, juez y administrador supremo de los Estados americanos (nacionalización).

Finalmente, el autor analiza si los tribunales nacionales tienen un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano al decidir los procesos judiciales internos, concluyendo que ese deber no existe en la CADH y que el intento de la Corte de fundar la obligatoriedad de su jurisprudencia a través de la doctrina del control de convencionalidad (caso *Almonacid Arellano*) implica una petición de principios.

3. El Prof. Dr. *Daniel Pastor* (Universidad de Buenos Aires) analizó la ideología penal en la práctica del sistema interamericano, específicamente lo relativo a las garantías penales del acusado y de la víctima. A modo introductorio, el autor reconoce la labor

de la Comisión y de la Corte IDH en el estricto monitoreo y aplicación de los derechos humanos y garantías fundamentales de las personas acusadas de cometer delitos comunes. El estándar desarrollado en torno al debido proceso, el derecho de defensa y aquellos que se desprenden de los artículos 8 y 25 de la Convención contribuyen a fortalecer los sistemas judiciales nacionales.

Sin embargo, esta práctica no se lleva a cabo cuando los hechos se centran en crímenes internacionales o graves violaciones a los derechos humanos. En este caso, la metamorfosis de la Corte IDH lleva a que los derechos del imputado sean devaluados y superados por unos derechos de las víctimas que no están previstos ni por los tratados internacionales ni por la ideología penal que preside el derecho de los derechos humanos, el cual se ve como un límite al poder, incluso al del derecho penal.

Desde la perspectiva del acusado, la cultura de los derechos humanos implica una cultura de límites a la aplicación de penas. Sin embargo, desde la perspectiva de la víctima de crímenes internacionales, se ve una devoción por lo penal y por la aplicación del poder punitivo a cualquier precio. En el caso de crímenes internacionales, la Corte IDH ha hecho prevalecer los intereses de la víctima, lo cual implica que el aparato represivo del Estado está obligado i) a garantizarle la investigación penal de los hechos; ii) a imponer el derecho de las víctimas a la verdad; iii) al enjuiciamiento de los sospechosos; y iv) a castigar a los responsables, cualquiera sean las condiciones.

Para Pastor, el favorecer a la víctima en desmedro del acusado implica la superación del modelo garantista aplicable a los casos de delitos comunes. En su lugar, se establece una garantía para la víctima de crímenes internacionales según la cual el absuelto por sentencia firme dictada después de un debido proceso no fraudulento puede ser enjuiciado posteriormente una vez más y condenado si nuevas pruebas indican que era culpable. La máxima de este cambio se vería en el paso del *in dubio pro reo* al *in dubio pro víctima*, lo cual incluye en la huída hacia el derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de esta sobre el derecho del imputado a la ley penal escrita, cierta y previa (casos *Barrios Altos* y *Almonacid Arellano*).

Como conclusión, el autor considera que transferir la protección de los derechos humanos en materia penal del acusado a la víctima, tal como lo ha hecho el sistema interamericano para los casos de crímenes internacionales y graves violaciones de los derechos humanos, implica abandonar el sistema jurídico-político de las democracias modernas, organizadas bajo una *rule of law* que impone límites al aparato represivo público y no estímulos.

4. La Prof. Dra. Emanuela Fronza (Universidad de Trento) presentó un estudio sobre el sistema de fuentes establecido en el artículo 21 del Estatuto de Roma para determinar en qué medida se reconoce y aplica la jurisprudencia de los tribunales regionales de protección de los derechos humanos en las decisiones de la Corte Penal Internacional (CPI).

La autora hace referencia a que por primera vez existe una norma convencional que sistematiza las fuentes del derecho que serán aplicadas por la CPI, la cual contiene elementos de derecho penal y derecho internacional público. En las decisiones iniciales de la CPI, se constata que los jueces recurren a otras Convenciones en los casos en que el Estatuto tiene una laguna o es necesario una interpretación de las disposiciones del Estatuto, siendo la Convención de Viena del Derecho de los Tratados y los tratados de derechos humanos las referencias más habituales.

Con respecto al uso de la jurisprudencia de órganos regionales, la CPI puede hacer uso de ellas como elementos de un derecho consuetudinario o como disposiciones que establecen y garantizan los derechos humanos internacionalmente reconocidos. La CPI ha usado fuentes diferentes y heterogéneas, confirmando de la estructura abierta del derecho penal internacional y del Estatuto de Roma. En el caso de las sentencias de la Corte IDH o del TEDH, estas han sido primordialmente empleadas para sostener la interpretación de la CPI para casos relativos al debido proceso, el derecho de defensa, el establecimiento de garantías del acusado y el plazo razonable, entre otros. Igualmente ha sido empleada para la determinación de un estándar común, como en los casos del derecho a la verdad o para apoyar un precedente judicial.

Al hacer uso de estas fuentes, Fronza considera que la CPI lanza un mensaje de protección de los derechos humanos. Según esta interpretación, la tendencia a importar la jurisprudencia regional de estos tribunales regionales se basa en la idea de que, en el imaginario de la opinión pública, esta envía un mensaje de respeto de los derechos humanos. Por lo tanto, se considera que estas decisiones no son empleadas o determinadas por necesidades operacionales, sino más bien por la imagen y la legitimación que el sistema de la CPI puede aprovechar. De ahí que el uso de la jurisprudencia regional por la CPI sea, más que una fuente de derecho, una línea argumentativa.

Esta situación lleva a reflexionar en torno a la identidad de la CPI: ¿esta se asemeja más a una jurisdicción criminal o a una organización para el mantenimiento de la paz?

5. El abogado Salvador Herencia Carrasco (Comisión Andina de Juristas) trabajó sobre las reparaciones ordenadas por la Corte IDH en casos vinculados a graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad. Las reglas relativas a

la reparación por la Corte han sido creadas jurisprudencialmente dado que estas no se desprenden del texto literal de la Convención.

La Corte IDH ha desarrollado una interpretación amplia del artículo 63 de la CADH para establecer las siguientes formas de reparación: i) la restitución; ii) las medidas de rehabilitación; iii) las medidas de satisfacción; iv) las garantías de no repetición; v) la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar; y vi) el daño al proyecto de vida. La respuesta de los Estados generalmente ha sido positiva, especialmente en el aspecto pecuniario, pero es en el cumplimiento de las medidas de satisfacción, no repetición y de reformas institucionales que residen los principales desafíos del sistema. Algunas reparaciones ordenadas van más allá del caso concreto, lo que debería llevar a una reflexión sobre la pertinencia de que sean ordenadas por este tribunal.

La Corte IDH no se ha limitado a reparar el daño de la víctima del caso concreto sino que se ha tomado la libertad, dado el lenguaje amplio del artículo 63 de la Convención, de analizar los hechos que llevaron a una violación de los derechos humanos. El problema en este punto es que se han dado situaciones en que la Corte ordena medidas cuyo cumplimiento constituye un reto para el Estado. Como resultado de esta situación, hacia finales de 2010, la Corte tenía 111 casos contenciosos bajo supervisión de cumplimiento de sentencia.

La explicación de esta imposibilidad de concluir un caso no es el recelo de los Estados para pagar las expensas y las reparaciones individuales, dado que el cumplimiento de esta obligación se ha dado en un 80 % de los casos. El problema no reside en el aspecto pecuniario sino en las medidas de satisfacción, no repetición y de reformas institucionales, que no son sencillas de realizar. El cumplimiento de estas medidas requiere no solo el accionar de la rama judicial sino también reformas legislativas cuyas aprobaciones son difíciles de alcanzar. Las decisiones judiciales de la Corte, independientemente del grado de autoridad y obligatoriedad de que están investidas, no son suficientes como para revertir diferencias sociales y políticas, especialmente en casos de graves violaciones a los derechos humanos.

A pesar de las críticas que se puede hacer a la parte resolutive de la Corte IDH, estos fallos han contribuido a poner en la agenda pública de los Estados las causas y mecanismos empleados por los Estados para la perpetración de violaciones sistemáticas a los derechos humanos. Esto no implica que la Corte IDH debería reestructurar las medidas de derecho interno y las garantías de no repetición a fin de que estas puedan responder al caso concreto. Si bien la labor de la Corte es importante para identificar estas causas,

son los Estados y sus sociedades los llamados a debatir sobre estas y derogarlas. El hecho de que hasta la fecha aun haya 111 casos bajo supervisión de sentencia demuestra lo complejo que pueden ser algunas de estas reformas o investigaciones solicitadas.

3. Aspectos específicos del sistema interamericano y del derecho penal internacional

6. El Prof. Dr. Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana de Colombia) desarrolló un estudio sobre el desplazamiento forzado a la luz de las obligaciones establecidas por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, el sistema constitucional de derechos humanos y el derecho penal interno, los cuales crean un trípode en la persecución penal nacional de crímenes internacionales. El desplazamiento forzado de personas en Colombia representa un ejemplo de cómo puede funcionar la complementariedad de los sistemas de protección, cada uno, como se ha insistido, desde su propia perspectiva y ámbito de aplicación.

Si bien la CADH no hace referencia expresa al desplazamiento forzado propiamente tal, los órganos del sistema interamericano han tratado el tema de forma extensa, tanto en informes como en sentencias. En el caso *Comunidad Moiwana*, la Corte IDH determinó que el desplazamiento forzado representa una violación al artículo 22 de la Convención en relación con el artículo 1.1 y que los Principios Rectores del Desplazamiento Forzado Interno son necesarios para precisar el contenido y alcance de dicha norma. En el caso *Masacre de Mapiripán*, la Corte IDH concluye que lo establecido en el Protocolo II a los Convenios de Ginebra es útil para analizar el tratamiento de este crimen en Colombia, incorporando las normas de derecho internacional humanitario como elementos de interpretación de la CADH. En el caso *Masacres de Ituango*, la Corte IDH consideró que el desplazamiento forzado no podía desvincularse de las otras violaciones a la Convención (como vida, integridad y libertad personal) que escapan al mero análisis del artículo 22 de la CADH.

El autor llama la atención a que en América Latina hay una tendencia en cargar al sistema penal con tareas que no le corresponden, que lo hacen disfuncional y respecto del cual se producen reacciones y decepciones sociales que le restan legitimidad. En la persecución nacional de crímenes internacionales existen tendencias a llevar a cabo dicha

persecución, violando el carácter restrictivo y acotado del derecho penal, en función de la persecución y sanciones loables y necesarias de grandes violadores de derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Lo anterior se ve reflejado en el diseño de políticas para la persecución nacional de crímenes internacionales. Al hacer un análisis de la estrategia de la Dirección Nacional de Fiscalías de Colombia para la investigación del delito de desplazamiento forzado como delito autónomo, Aponte considera que existe una confusión entre el lenguaje de los derechos humanos, del derecho internacional humanitario y del derecho penal, que se inicia desde la mera identificación de un hecho punible como delito común o crimen internacional, pasando por los elementos constitutivos del ilícito, los principios jurídicos aplicables y los plazos de prescripción, entre otros. Esto lleva a interpretaciones y aplicaciones contradictorias entre sí que afectan la aplicación de una política que permita la persecución efectiva del desplazamiento forzado.

7. El Prof. Dr. Carlos Caro Coria (Pontificia Universidad Católica del Perú) centró su investigación en el estudio de la prueba del crimen de desaparición forzada de personas, desarrollado por la Corte IDH en su jurisprudencia, con el fin de contribuir al desarrollo de criterios válidos que puedan servir para llegar al convencimiento e imputación de responsabilidades individuales en las jurisdicciones internas.

El estándar probatorio en la desaparición forzada de personas tiene una especial complejidad dado que debe comprobarse la concurrencia de dos eventos: i) la privación de la libertad de una o más personas, sea legal o ilegal; y ii) la falta de información o negativa a reconocer dicha privación de libertad, seguido de la no información del paradero de la persona.

En el caso de la Corte IDH, las reglas probatorias para la desaparición forzada de personas tienen las siguientes características: i) la flexibilización de las exigencias probatorias bajo el entendido de que se trata de demostrar la responsabilidad del Estado y no la responsabilidad penal individual; ii) una inversión de la carga de la prueba hacia el Estado dado que la característica principal en este tipo de crímenes es que luego de su ocurrencia se acompañan actos tendientes a suprimir las pruebas; y iii) el equilibrio que la Corte debe tener para respetar el derecho de defensa y el objeto del proceso pero sin perder su liderazgo en la solicitud de pruebas y otros elementos que permitan determinar si hubo o no una violación a la CADH.

Los distintos reglamentos confeccionados por la Corte IDH no han fijado un criterio de apreciación de pruebas para los casos sometidos a su competencia. Sin embargo,

su jurisprudencia ha afirmado de forma reiterada y coherente el sistema de *libre convicción* (sana crítica) dejando de lado a la *íntima convicción* y *prueba tasada*, por ser más garantista para los derechos fundamentales de las partes.

Para Caro, el grado de acreditación exigido por la Corte IDH no busca exclusivamente la certeza o veracidad del hecho pero no es indispensable para determinar la responsabilidad de un Estado, dado que en ciertos hechos no son suficientes las pruebas documentales, testimoniales y periciales para alcanzar tal grado de convencimiento. Ante tales carencias se debe acudir a los indicios o pruebas circunstanciales. Con ello ya no se obtiene certeza, pero sí veracidad o verosimilitud de los hechos violatorios que se atribuyen a la conducta de los agentes del Estado. De esta manera, para la Corte IDH no cabe el concepto doctrinario de duda razonable vigente en todas las jurisdicciones internas penales que, por cierto, guarda relación íntima con el principio de presunción de inocencia.

Independientemente de las exigencias establecidas por este sistema de apreciación probatoria y convencimiento, la Corte ha determinado que en los crímenes de desaparición forzada de personas los criterios de valoración son menos formales que en otras controversias, pues en este tipo de litigio no se puede ignorar la gravedad especial de que a un Estado comprometido con la Convención se le atribuya el cargo de haber ejecutado o tolerado una práctica de desapariciones (caso *Velásquez Rodríguez*).

8. El Prof. Dr. Javier Dondé (Instituto Nacional de Ciencias Penales de México) presentó los elementos contextuales de los crímenes de lesa humanidad (CLH) desarrollados por la Corte IDH en tres casos y que posteriormente no volvió a retomar. En dichos fallos, la Corte fue más allá de establecer la responsabilidad del Estado frente a la CADH para determinar si las conductas se habían cometido “como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil”.

El caso *Almonacid Arellano* es el primero en el que la Corte IDH determina la existencia de un CLH por hechos ocurridos en 1973. En esta oportunidad, la Corte determinó que los elementos contextuales constitutivos de estos crímenes eran los mismos tanto en Núremberg como en 1973, año en que se efectuó la ejecución de la víctima, afirmando además que es posible que se cometa un CLH mediante una sola conducta. En el caso *Penal Castro Castro* la Corte reafirmó que la constatación de un conflicto armado y la planificación de los operativos militares y policiales en el Perú eran evidencia suficiente para determinar que los elementos contextuales del CLH se habían dado, sin especificar si se trataba de un ataque generalizado, sistemático o ambos.

En el caso *La Cantuta*, la Corte IDH describió los elementos necesarios para determinar cuándo se está frente a un ataque sistemático, tales como la identificación de las personas agredidas y de un grupo específicamente formado para realizar los ataques contra la población civil. En este sentido, la Corte consideró que dichos elementos, juntos con la finalidad específica de eliminar a los miembros de organizaciones son suficientes para calificar una conducta como un CLH. Con respecto al elemento “con conocimiento de dicho ataque”, en los casos *Castro Castro* y *La Cantuta*, se hace énfasis en torno a la presencia de altos mandos del gobierno peruano, incluyendo del presidente, en el lugar de los hechos.

En opinión de Dondé, la decisión de la Corte IDH de no volver a calificar una conducta como CLH es positiva ya que este tribunal no tiene competencia para declarar su existencia. Al hacer este señalamiento, la Corte IDH cometió una serie de imprecisiones en la identificación de los elementos contextuales que convierten a una conducta aislada en un CLH. También ha creado confusión en cuanto a su propia competencia y la de los tribunales penales internacionales, que son la instancia adecuada para señalar cuándo se ha cometido un crimen internacional. Otra consecuencia de lo anterior es el desconocer la diferencia entre responsabilidad estatal y responsabilidad penal internacional.

Igualmente, derivó consecuencias jurídicas como la inaplicabilidad de mecanismos que generan impunidad como las amnistías, prescripción y la aplicación de la cosa juzgada. Sin embargo, estas consecuencias ya las había derivado de las violaciones a derechos humanos que, aunque se pudieran calificar de masivas o sistemáticas, no eran necesarias retomar un concepto de derecho penal internacional para considerar que estas medidas impiden la adecuada protección de los derechos humanos.

9. La Prof. Dra. Alicia Gil Gil (Universidad Nacional de Educación a Distancia de España) trabajó la excepción al principio de legalidad establecido en el artículo 7.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, el cual establece que no se “impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas”.

Esta disposición del Convenio se constituye en una excepción al principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable. La justificación para esta norma es la existencia histórica de sistemas políticos totalitarios, como la Alemania nazi (caso *K.H. W.*

y caso *Streletz, Kessler y Krenz*), por lo que fue introducida para permitir la persecución de los crímenes nazis tras la Segunda Guerra Mundial mediante la aplicación retroactiva de las normas, y fue aplicada luego a todas las situaciones históricas en las que se han producido crímenes de guerra.

La respuesta del TEDH frente a esta excepción ha sido la de circunscribir la aplicación de esta norma a lo ocurrido durante la Segunda Guerra Mundial (caso *Konokov*) aunque excepcionalmente se ha extendido a otras situaciones (caso *Kolk y Kislyiy*). Sin embargo, en los últimos años el TEDH ha sido reticente en aplicar la excepción del artículo 7.2 dado que al dejar la puerta abierta a una permanente excepción al principio de legalidad, además de acercar el derecho penal internacional peligrosamente a un derecho penal del enemigo, no parece compatible con los esfuerzos codificadores que ha realizado el derecho penal internacional.

Gil hace una precisión con respecto al artículo 7.1 y 7.2 del Convenio. Tomando en consideración que este tratado es aplicable a países con culturas jurídicas diferentes (*Common Law* y derecho continental), el TEDH se ha centrado en garantizar los aspectos materiales del principio de legalidad, tal como la seguridad jurídica, y ha exigido la previsibilidad y concreción del derecho aplicable, para lo cual se puede incluir la interpretación jurisprudencial que se hace de un determinado precepto, y que puede, incluso, completar una ley insuficientemente concreta.

De forma similar a la Corte IDH, el TEDH ha ido conociendo de casos que versan sobre graves violaciones a los derechos humanos. A diferencia de su par latinoamericano, el TEDH ha sido reticente en calificar hechos como crímenes internacionales y se ha limitado a determinar si hubo una violación al Convenio, excepto cuando el peticionario ha sido condenado por un crimen internacional (caso *Korbely*).

Sin embargo, un aspecto que el TEDH ha ido progresivamente asimilando de la práctica de la Corte IDH es con respecto al conocimiento de casos cuyos hechos se produjeron antes de la entrada en vigor del Convenio. Si bien el TEDH se había rehusado a conocer de estos casos, en los últimos años ha variado su postura. El más peculiar es el caso *Šilih*, en el cual se independiza absolutamente la obligación de investigar de la constatación de la existencia de una violación del derecho a la vida pretendiendo que por tanto podía exigirse incluso por muertes cometidas antes de la entrada en vigor de la Convención. Según la autora, la falta de precisión de estas normas podría llevar a que los Estados se vean obligados de investigar todas las muertes ocurridas en un país.

10. El Prof. Dr. Dr. h.c. José Luis Guzmán (Universidad de Valparaíso) analizó el concepto de peligrosidad *vis-à-vis* el principio de legalidad desarrollado por la Corte IDH en el caso *Fermín Ramírez*, el cual trata sobre el proceso penal realizado a causa de la muerte violenta de una niña de doce años. En este caso, el Ministerio Público de Guatemala lo acusó de violación calificada pero el tribunal recalificó los hechos como homicidio calificado y, tomando en consideración las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se reveló una mayor peligrosidad del agente y se lo condenó a la pena capital. Solo la medida provisional ordenada por la Corte IDH pudo suspender la ejecución de la pena.

La importancia de este fallo es que determina que lo realizado por el tribunal guatemalteco no podía ser analizado únicamente a la luz de lo establecido en el artículo 8 de la CADH sino que habría que estudiar la actuación del órgano estatal a la luz del principio de legalidad criminal. Para la Corte IDH, la peligrosidad 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. A su vez, consideró que la preservación de la peligrosidad en las legislaciones penales internas es contraria a los derechos humanos y por ende, a la propia CADH.

Para Guzmán, lo más importante del fallo es que se afirma enfáticamente la completa e insanable contradicción entre el concepto de peligrosidad aplicado a la persona, por una parte, y, por otra, la legalidad de delitos y penas. La principal crítica que se hace al fallo es que la Corte IDH no se pronunció sobre el problema del fin de la pena.

A juicio del autor, la decisión en el caso *Fermín Ramírez* debe llevar a dos reformas positivas en la legislación penal latinoamericana. En primer lugar, debe iniciar una reforma penal y procesal penal para abolir los elementos de la peligrosidad que aún persisten en los Códigos, especialmente en lo relativo a medidas cautelares, la reincidencia, la determinación de las penas y los delitos de posición o sospecha, entre otros. En segundo lugar, este fallo debe servir para contener la tendencia de extender la custodia de los delincuentes “peligrosos” en instituciones como la cadena perpetua, la sentencia indeterminada y otras medidas que resultarían contrarios a un real principio de legalidad penal.

Finalmente, Guzmán hace un llamado a que el derecho penal erradique las visiones deterministas y que la noción de responsabilidad penal, fundada en que el sujeto, en las condiciones concretas en que versó al delinquir, podía actuar según las exigencias del ordenamiento jurídico, vuelve a tener un rostro humano. En este sentido, hace un llamado para reivindicar el sentido de la pena a fin de no verla como un instrumento de

vinganza o de enseñanza a los demás, sino como la expresión simbólica del reproche por actos que ofenden un sistema preexistente de bienes jurídicos.

11. El Prof. Dr. Alfredo Chirino (Universidad de Costa Rica) realizó un análisis del derecho del imputado a recurrir una sentencia, a la luz de lo establecido en el artículo 8.2.*b* de la CADH y de lo dispuesto por la Corte IDH en el caso *Herrera Ulloa*. De forma complementaria, el autor hace una reflexión sobre el futuro de los recursos de apelación y casación en América Latina *vis-à-vis* la lucha frontal contra la criminalidad.

El derecho a recurrir la sentencia no solo es un medio de alcanzar una sentencia justa y legal, sino también un mecanismo para lograr principios valiosos derivados de la legalidad criminal, intrínsecamente ligados al respeto de la dignidad humana. En el caso *Herrera Ulloa*, que versa sobre el recurso de casación en Costa Rica, la Corte IDH determinó que las legislaciones internas deben garantizar un examen integral de la decisión recurrida, de todas las cuestiones debatidas y analizadas por el tribunal inferior, en especial, de la pena impuesta.

Es decir, la Corte IDH favorece una revisión integral de la decisión y no únicamente de los problemas derivados de los errores de hecho o de derecho, sino que se requiere un análisis más amplio del fallo que garantice que hasta los elementos que repercutían en la medición y determinación de la pena puedan ser sopesados por un tribunal superior.

A través de esta “nueva” casación se podría lograr un control efectivo de estos instrumentos de investigación y generar eficiencia y eficacia en el combate de estos eventuales vicios. Sin embargo, Chirino considera que se debe iniciar un debate para la ampliación del derecho de impugnar una sentencia pero tomando en cuenta los efectos nocivos que dicha reforma podría tener en la prolongación del proceso penal y la extensión excesiva de la detención preventiva.

A raíz del caso *Herrera Ulloa* se ha puesto en debate la figura de la casación y si esta sentencia ha impulsado una casación convertida en apelación. Independiente de lo anterior, el autor llama la atención a la probable pérdida del equilibrio entre el derecho a recurrir una sentencia, conforme a los estándares internacionales, y la duración del proceso. Esta situación puede ser de especial gravedad en la persecución de crímenes internacionales.

Como conclusión, la casación, pero también la apelación y la revisión de la sentencia, se encuentran en un momento difícil ante estos retos de la política criminal. Por

una parte debe contarse con un proceso penal que llegue a una fijación de una verdad procesal lo más pronto posible, pero también debe proveer los medios para una discusión lo más amplia posible de la causa, y con medios posibles para alcanzar una aplicación justa y humana del derecho.

12. El Prof. Dr. Juan Luis Modolell (Universidad Católica Andrés Bello) investigó el tratamiento de la detención preventiva por la Corte IDH. En líneas generales, la CIDH ha considerado que la detención preventiva: i) solo es aplicable cuando es estrictamente necesaria, dentro de un marco general de tratar al inculcado de manera consecuente con la presunción de inocencia (caso *Bulacio* o caso *Acosta Calderón*, entre otros); ii) es la medida más severa que se le puede aplicar a un detenido, de allí su carácter excepcional (caso *Servellón García*); iii) es una medida cautelar, no punitiva (caso *Suárez Rosero*); por lo tanto, la detención preventiva no puede constituir un adelantamiento de la punibilidad; y iv) está limitada por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática (caso *Bayarri*).

De especial interés fue determinar si la detención preventiva es compatible con la presunción de inocencia. Sobre este punto, la jurisprudencia de la CIDH ha evolucionado a modo de incorporar los indicios de culpabilidad. En el caso *Suárez Rosero*, la Corte justifica la prisión preventiva únicamente por razones procesales, es decir, para impedir la evasión de la justicia y para desarrollar eficientemente la investigación penal. Sin embargo, a partir del caso *Servellón García*, se pasa a exigir indicios de participación para decretar la detención preventiva. Dicha autoría no implica una simple relación material con el hecho, sino un vínculo valorativo con este. De lo anterior se puede concluir que no se exige la simple relación material entre una persona y un hecho, sino una relación de imputación, por lo que los elementos de convicción llevan a pensar de forma verosímil que la persona pudiera ser responsable del hecho.

Ante esta posición de la Corte IDH, la compatibilidad entre la presunción de inocencia y la naturaleza no punitiva de la detención preventiva solo se da si se toma en cuenta que la prisión preventiva puede ser revocada si se desvirtúan los motivos que fundamentaron acordarla. Finalmente, Modolell concluye afirmando que la detención preventiva debe estar subordinada al proceso penal, es decir, a asegurar la presencia del imputado en el juicio, evitar el entorpecimiento de la investigación y garantizar la ejecución penal. Por lo tanto, la duración razonable depende de cada proceso, según su complejidad y la necesidad de la detención.

13. El Prof. Dr. Marcos Coelho Zilli, la Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura y la Prof. Fabiola Girão Monteconrado (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais y Universidade de São Paulo) desarrollaron un estudio en torno al *ne bis in idem* y la cosa juzgada fraudulenta a raíz de las sentencias de la Corte IDH relativas a casos sobre graves violaciones a los derechos humanos y crímenes de lesa humanidad.

La cosa juzgada y la garantía del *ne bis in idem* tienen una interrelación consagrada en los principios rectores de un Estado de derecho, el cual está reconocido en tratados internacionales, incluyendo el artículo 8.4 de la CADH. Sin embargo, cuando se está frente a casos de potenciales crímenes internacionales, ambos principios son relativizados, dado que las garantías de preservación de la libertad individual frente al poder punitivo ceden en casos referidos a la lucha contra la impunidad.

Esta relativización no es automática y está circunscrita al cumplimiento de determinados requisitos. En el caso del Estatuto de Roma, se puede revisar un caso cuando la CPI, de forma discrecional, considere que un proceso no ha sido conducido de forma imparcial o se ha realizado con la intención de evitar que la persona sea sometida al accionar de la justicia. Esta tendencia ha sido también llevada a cabo por la Corte IDH, bajo el concepto de cosa juzgada aparente o fraudulenta.

Los casos en que la Corte IDH ha analizado la figura de la cosa juzgada fraudulenta han tenido que ver con situaciones de graves violaciones a los derechos humanos, torturas, desapariciones forzadas o ejecuciones extrajudiciales (caso *Loayza Tamayo*, caso *Gutiérrez Soler*), en los cuales la restricción a la regla de la cosa juzgada y del *ne bis in idem* fue uno de los mecanismos encontrados para viabilizar la punición de los agentes responsables, llevando a que la Corte IDH legitime la limitación de otros derechos humanos (de los imputados) como forma de asegurar y posibilitar la persecución penal nacional. En el caso *Almonacid Arellano*, la Corte IDH además determinó que una sentencia absolutoria genuina y firme pierde el atributo de cosa juzgada cuando se presentan nuevos hechos o pruebas contra el imputado.

Llama la atención del IBCCRIM que la Corte IDH no formule una serie de requisitos y elementos que permitan la relativización del *ne bis in idem* y de la cosa juzgada de forma excepcional, sino que estos varían de acuerdo con el caso concreto. Lo que podría considerarse como una situación especial cuando se está frente a graves violaciones a los derechos humanos o crímenes internacionales, se ha visto ampliada a otras situaciones. Esto quedó de manifiesto en el caso *Escher*, el cual trata sobre la preservación de privacidad e intimidad sobre conversas telefónicas en un régimen democrático, en que la

Corte IDH llegó a valorar las pruebas admitidas por los jueces brasileños. Lo preocupante de esta ampliación de la cosa juzgada fraudulenta es que puede afectar negativamente la actuación de instituciones nacionales que actúan en regímenes democráticos.

14. El abogado César Alfonso Larangeira (Universidad Nacional de Asunción y becario de la DAAD en la Universidad de Münster, Alemania) analizó el principio de coherencia y el de *iura novit curia* en la jurisprudencia de la Corte IDH, especialmente a la luz de lo expuesto en el caso *Fermín Ramírez*. La Corte IDH establece que independientemente de la configuración de los sistemas procesales penales internos, el fundamento de estos principios se encuentra en los artículos 8.2.*b* y *c* de la Convención, de obligatorio cumplimiento para todos los Estados partes.

Para la Corte IDH, el principio de coherencia establece que la sentencia puede tratar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación penal. Sin embargo, reconoce el principio *iura novit curia*, permitiendo al juez, bajo circunstancias especiales, fallar recurriendo a una calificación jurídica distinta a la de la acusación o a la de la resolución que decide la apertura al procedimiento principal. Al hacer el análisis de ambos principios, esto implicaría que mientras el principio de coherencia se desprende del derecho de defensa, el principio *iura novit curia* en cabeza del juez se encuentra limitado por el principio de congruencia y el derecho de defensa.

Por lo tanto, la Corte IDH reconoce la facultad del juez de modificar la calificación contenida en la acusación, pero la posibilidad de esta modificación debe ser comunicada de manera oportuna y directa, es decir, el imputado no debe enterarse de la nueva calificación al momento de conocer la sentencia o la decisión. El imputado debe contar ante esta situación con la posibilidad de ejercer sus derechos de defensa de manera práctica y efectiva. En este contexto entra en consideración la concesión de un tiempo suficiente para la preparación de la defensa, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.2.*c*.

Algunas de las hipótesis mencionadas por la Corte que ameritarían esto serían: i) circunstancias nuevas con respecto a los momentos subjetivos del autor, específicamente cuando surgen circunstancias que pasan la atención de un hecho culposo a un hecho doloso; y ii) cuando aparecen circunstancias no mencionadas en la acusación que permitan agravar la pena.

De acuerdo con Alfonso, estas disposiciones legitiman a favor del acusado la exigencia de que el juez, por regla general, no se aparte de los hechos y la calificación que fueron previamente impuestos al acusado. Sin embargo, ante la aparición de una nueva

circunstancia fáctica con la posibilidad de trascender a la sentencia o la posibilidad de una nueva calificación, el acusado debe, en virtud del artículo 8.2.b de la CADH, ser impuesto en forma precisa y oportuna de esta posibilidad.

15. El Dr. Pablo Galain (Instituto Max Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero de Friburgo y Universidad Católica del Uruguay) trabajó la dimensión individual y colectiva del derecho a la verdad frente a la obligación del Estado en perseguir las graves violaciones a los derechos humanos.

En un inicio, el derecho a la verdad se limitó a que las víctimas, o sus familiares, de ejecuciones sumarias, desapariciones forzadas, secuestro de menores o torturas, tienen un derecho de saber o conocer qué es lo que sucedió (caso *Castillo Páez*). Posteriormente este derecho adquiere una dimensión colectiva a causa del terrorismo de Estado y de las masacres contra grupos en contextos de estados de excepción (caso *Masacre Pueblo Bello*). El carácter colectivo de este derecho también se desprende de la naturaleza masiva o sistemática de las violaciones a los derechos humanos, así como de la naturaleza del bien jurídico protegido, del tipo penal realizado y de la gravedad de la violación.

Para Galain, los problemas comienzan cuando este derecho a la verdad no se legitima de forma autónoma sino a través de una vinculación con la justicia penal y con la obligación estatal de persecución de los responsables de los crímenes de lesa humanidad. Por ende, el autor considera que el derecho de la víctima a conocer lo sucedido y a participar del proceso de construcción de la verdad puede ser satisfecho por medios judiciales o extrajudiciales.

Cuando se trata de la investigación y castigo de CLH en procesos de transición, la verdad sobre lo sucedido no se asemeja a la *verdad material u objetiva* requerida para la imputación de responsabilidad penal, sino que es una *verdad políticamente construida*, el producto de un acuerdo sobre hechos pasados que son muy sensibles a una sociedad enfrentada por un pasado violento. Como toda construcción, ella será una *verdad parcial o subjetiva* porque deriva de un proceso (político) de entendimiento, que solo se acerca a la verdad surgida de un procedimiento penal en cuanto se trata de un procedimiento de averiguación de hechos que luego serán objeto de una interpretación subjetiva que determine el *cómo sucedieron los hechos*.

En este contexto, la Corte IDH debería recurrir a juicios de proporcionalidad para determinar cuándo el derecho de las víctimas a conocer la verdad puede amparar un castigo sin resentir el derecho a la reparación en sentido amplio, y determinar si el conocimiento de la verdad puede ser obtenido por alguna medida menos grave que el

derecho penal, siempre y cuando no se trate de los principales responsables ni de los crímenes más graves.

Como conclusión, Galain considera que no existe una relación de medio a fin entre el conocimiento de los hechos (verdad) y el castigo penal. El derecho a saber y conocer la verdad sobre un determinado momento histórico, no se desprende y legitima de un derecho a castigar. El castigo, además de merecido, tiene que ser necesario en el sentido actual dominante de la teoría de la pena. El conocimiento de la verdad no depende de esta decisión puntual en un caso concreto, ni tampoco es la legitimación del castigo. El castigo no depende del conocimiento de la verdad ni se fundamenta en él. El conocimiento de la verdad no implica en todos los casos el castigo penal. Entre verdad y castigo hay una relación que no puede negarse, pero debe quedar claro que el derecho a conocer la verdad no se realiza únicamente a través del castigo.

16. El abogado *Jaime Martínez* (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) contextualizó la jurisprudencia de la Corte IDH frente al estado de excepción, el cual se encuentra regulado por el artículo 27 de la CADH. De especial interés fue identificar qué es lo que la Corte entiende por garantías judiciales indispensables. Los casos tratados por la Corte son principalmente aquellos llevados a cabo contra el Perú pero es en un caso contra Ecuador (caso *Zambrano Vélez*) en el que se da un mayor desarrollo de los principios que rigen un estado de excepción.

El lineamiento base de la Corte en su análisis de los estados de emergencia se encuentra en la *opinión consultiva OC-9/87*. En dicha decisión, la Corte IDH determina que las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión bajo estados de excepción son el hábeas corpus (artículo 7.6), el amparo o a cualquier recurso sencillo, rápido y efectivo (artículo 25.1), entiende ambas consideradas dentro del marco establecido del respeto al debido proceso (artículo 8). Luego la Corte incluye la protección de los procedimientos inherentes a la forma democrática representativa de gobierno, previstos en el derecho interno de los Estados (artículo 29.c).

Al hacer un examen de los casos contenciosos de la Corte IDH, Martínez concluye que en algunos casos se determinó la responsabilidad internacional del Estado debido a la vigencia de ciertos decretos emanados del Poder Ejecutivo que si bien no prohíben explícitamente las garantías o recursos del hábeas corpus y otras garantías judiciales no susceptibles de suspensión, en la práctica este se vio suspendido de hecho por su pérdida de eficacia como efecto de dicha normatividad (caso *Neira Alegria*, caso *Castillo*

Petruzzi). En otros fallos, la Corte reitera que la tortura está prohibida en situaciones regidas por el artículo 27 de la Convención (caso *Hermanos Gómez Paquiyauri*).

No obstante esa importante protección con relación al hábeas corpus y otras garantías judiciales, en el caso *Durand y Ugarte* la Corte se contradice en cuanto a la protección explícita de las garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión bajo estados de excepción, ya que a pesar de reconocer en la parte expositiva de su sentencia la violación del artículo 27.2 de la CADH que prohíbe la suspensión de varias garantías, en la parte resolutive no determina la violación a dicha disposición.

Sin embargo, en el caso *Zambrano Vélez*, la Corte supera esas incoherencias, ya que tanto en la parte expositiva de sus sentencias como en su parte resolutive, determina que el Estado parte violó una serie de obligaciones que la CADH impone para decretar los estados de excepción, entre ellas la prohibición de afectar las garantías judiciales indispensables que proclama el artículo 27.2 de la Convención (principio de intangibilidad), así como los principios de notificación, excepcionalidad, temporalidad, necesidad y proporcionalidad que deben regir a dichos estados de excepción.

Finalmente, el autor concluye que la jurisprudencia de la Corte IDH puede llegar a influir las decisiones de otros tribunales internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos, en particular la Corte Penal Internacional.

17. El Prof. Ramiro García (Universidad Central de Ecuador) presentó la adecuación del derecho interno al derecho internacional en el sistema interamericano, especialmente en lo referido a las leyes penales. Tomando en cuenta lo dispuesto por el artículo 68.1 de la CADH, los Estados deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano de sus respectivos derechos internos. Sin embargo, ante la complejidad de las disposiciones ordenadas por la Corte IDH, especialmente en los casos de violaciones graves a los derechos humanos o crímenes de lesa humanidad, la efectividad del cumplimiento puede verse condicionada a las reformas legislativas o institucionales que este tribunal pueda llegar a ordenar.

Para García, uno de los problemas que la Corte ha tenido que afrontar es con respecto a la tipificación de tipos penales como el terrorismo (caso *Loayza Tamayo*) o el de traición a la patria (caso *Castillo Petruzzi*); los casos contra el Perú son el principal exponente de esta práctica. En estos casos, la Corte IDH ha señalado que la existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. La Corte determinó que

estas disposiciones eran contrarias al artículo 9 de la CADH, referido al principio de legalidad. En estos casos, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de los decretos leyes que regulaban estos delitos y ordenó al Congreso la adopción de una nueva legislación sobre la materia.

Otra situación con la cual la Corte IDH ha tenido que lidiar son las normas internas sobre la amnistía. En este sentido, la del caso *Barrios Altos* es una de las sentencias más emblemáticas de este tribunal, en la que se determina la inadmisibilidad 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. La regla de este fallo ha sido aplicada en varios casos, incluyendo *Almonacid Arellano*.

En lo referido a las reformas legislativas, el autor demuestra que la Corte IDH también ha llegado a abordar la necesidad de que los Estados reformen normas constitucionales que sean contrarias a la CADH. Esto se dio en el caso *Caesar*, en el cual la Corte tuvo que determinar si la orden de un tribunal de Trinidad y Tobago de una sanción de castigo corporal era compatible con la CADH. La Corte determinó que al ser este castigo una forma de trato cruel, inhumano y degradante, esta no podía ser aplicada una vez que la Convención entrara en vigor para dicho país. Aludiendo disposiciones constitucionales internas, Trinidad y Tobago no podía reformar esta norma. Como consecuencia, la Corte ordenó enmendar la Constitución, decisión que no ha sido atendida.

18. La Prof. Elizabeth Santalla (Universidad Católica Boliviana) trabajó el agotamiento de recursos internos *vis-à-vis* el principio de subsidiaridad en la CADH y el principio de complementariedad en el Estatuto de Roma. Si bien la Corte IDH y la CPI tratan sistemas de responsabilidad internacional distintos en cuanto a su naturaleza, la regla del agotamiento de recursos internos funciona esencialmente sobre la base del escrutinio de la efectividad y el carácter genuino de los procedimientos nacionales. En este sentido, la autora considera que la interpretación de la Corte IDH con relación a la obligación del Estado de investigar, procesar y, en su caso, sancionar graves violaciones a los derechos humanos puede ser de utilidad para el desarrollo de la interpretación de los criterios de admisibilidad en el contexto de la CPI.

Un elemento común a ambas jurisdicciones para determinar si se puede asumir competencia sobre un caso, aun cuando no se haya cumplido con la regla del agotamiento de los recursos internos, es el relativo a los estándares del debido proceso (OC -11/90 Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos). Sea por la falta de voluntad o sea

por la incapacidad de los Estados por actuar, la dilación injustificada de procesos, la realización de juicios falsos o aparentes o cuando los procedimientos internos son incapaces de asegurar un juicio justo, son ejemplos de situaciones que legitimarían la actuación de estos tribunales, haciendo una conexión en lo establecido en el artículo 46.2 de la CADH con el artículo 17.2 del Estatuto.

En la Corte IDH existe una línea jurisprudencial para determinar la aplicación de la regla del agotamiento de recursos internos y del principio de complementariedad. Estos son para casos que versan sobre: i) situaciones de denegación de justicia (caso *Castillo Petruzzi*); ii) violaciones masivas a los derechos humanos (caso *Velásquez Rodríguez*, caso *Godínez Cruz*); iii) la existencia o no de un recurso interno efectivo (caso *Castillo Páez*); y iv) la inexistencia del debido proceso legal (caso *Castillo Petruzzi*).

Al analizar la jurisprudencia emergente de la CPI en cuestiones de admisibilidad, Santalla determina que el puente hacia la jurisprudencia de la Corte IDH se da a través del artículo 21.3 del Estatuto de Roma, el cual determina que la aplicación e interpretación del derecho aplicable por la CPI deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. A través de esta norma, la CPI ha empleado (caso *Lubanga*) las reglas del agotamiento de recursos internos desarrolladas por la Corte IDH, siguiendo con el *cross-fertilization process* que los tribunales internacionales vienen aplicando de forma progresiva.

4

Los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, especialmente la Corte IDH, han desarrollado una jurisprudencia que ha permitido la persecución penal de crímenes internacionales. Independientemente de las deficiencias argumentativas, las contradicciones, el *overarching approach* de los derechos humanos hacia instituciones del derecho penal internacional y derecho internacional humanitario, así como la transformación que ha experimentado a lo largo de sus treinta y un años de existencia, si no hubiese una Corte IDH, gran parte de las reformas legales e institucionales que ha experimentado América Latina no hubiesen sido posible.

La posición de la mayoría de los miembros del grupo es crítica de la labor de la Corte IDH. Esto debe ser visto como un elemento positivo y un llamado a que este

órgano reexamine algunas prácticas que permitan su consolidación como un tribunal de excepción que debe velar por el respeto de la CADH. De los dieciocho informes reseñados aquí de forma sumamente breve, las conclusiones comunes podrían ser: i) el llamado al equilibrio entre las fuentes jurídicas utilizadas; ii) la necesidad de contar con un desarrollo más técnico de las normas de derecho penal y derecho penal internacional; iii) la abolición de términos ambiguos carentes de contenido cierto (“conciencia jurídica universal” o “moral de las naciones”); y iv) la revisión del sistema de reparaciones que se ha desarrollado jurisprudencialmente.

En este orden de ideas, un aspecto de la jurisprudencia de la Corte IDH que debería ser revisado (y del cual existe un consenso de todos los integrantes del Grupo) es la tendencia a convertir el derecho penal como un instrumento de venganza o retaliación, en desmedro del carácter excepcional que el poder punitivo del Estado debe tener.

Esto es de especial relevancia ahora que la Corte IDH deberá conocer casos de posibles violaciones sistemáticas a los derechos humanos en Brasil, Uruguay y el caso de la Unión Patriótica en Colombia, el cual tendrá el mayor número de víctimas acreditadas en un solo caso.

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 (Universidad del Norte Asunción, Paraguay). *Magister Legum* (Universidad de Münster). Miembro del Centro de Ciencias Penales y Política Criminal.

KAI AMBOS. Catedrático de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Derecho Comparado y Derecho Penal Internacional en la Georg August Universität Göttingen. Director del Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de esta Universidad. Juez del Tribunal Estadual de Göttingen (desde marzo de 2006). Decano para Estudios (*Studiendekan*) de la Facultad de Derecho (2008-2010). Entre 1991 y 2003 fue responsable de las áreas Derecho Penal Internacional e Hispanoamérica en el Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo. Para más información véase www.department-ambos.uni-goettingen.de.

ALEJANDRO APONTE CARDONA. Doctor en Derecho Penal y Teoría del Derecho (Universidad del Saarland, en Saarbrücken, Alemania). Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Director del Área de Justicia del Observatorio Internacional de la Ley de Justicia y Paz en Colombia, apoyado por el CITpax de Madrid. Consultor de agencias nacionales e internacionales.

MARÍA LAURA BÖHM. Abogada (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Magíster en Criminología (Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina), *Diplom-*

Kriminologin (Universidad de Hamburgo) y *Doktorin der Philosophie*, especialización en Criminología (Universidad de Hamburgo). Se desempeñó en cargos de la defensa pública (Argentina, 1996-2003), fue becaria de la Fundación Konrad-Adenauer (Alemania, 2004-2008) y asistente de investigación en el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Universidad Georg-August de Göttingen (2008-2011). Desde abril de 2011 es becaria posdoctoral de la Fundación Alexander von Humboldt (Göttingen).

CARLOS CARO CORIA. Doctor en Derecho (Universidad de Salamanca, España). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director Ejecutivo del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa. Socio fundador de Caro & Asociados.

ALFREDO CHIRINO SÁNCHEZ. Catedrático de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y juez del Tribunal de Casación del II Circuito Judicial de San José. Fue director de la Escuela Judicial de Costa Rica y magistrado suplente de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia. Es profesor de programas de maestría y doctorado en Costa Rica, América Central y Bolivia. Como asesor de comisiones legislativas ha estado vinculado a la redacción de la legislación penal sustantiva de Costa Rica, Nicaragua, Guatemala y Honduras. Ha publicado libros y artículos en temas de derecho penal, procesal penal, política criminal y derecho constitucional en América Latina y Europa.

JAVIER DONDÉ MATUTE. Doctor en Derecho Penal Internacional y Comparado (Universidad de Aberdeen, Gran Bretaña). Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México.

EMANUELA FRONZA. Investigadora de derecho penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, donde enseña Derecho Penal Internacional. También enseña Justicia de Transición en la Escuela de Estudios Internacionales de la misma Universidad y forma parte del colegio docente del Doctorado en Estudios Internacionales. Es becaria de la Fundación Alexander von Humboldt en la Facultad de Derecho de la Universidad Alexander von Humboldt, Berlín, Alemania. Es coautora del libro *Introduzione al diritto penale internazionale* (Milán: Giuffrè, 2.ª edición, 2010) y, junto a Mireille Delmas Marty, de *Le crime contre l'humanité* (París: PUF, 2009). Ha publicado trabajos en Italia y en el extranjero y colabora con revistas italianas y extranjeras.

PABLO GALAIN PALERMO. Doctor Europeo en Derecho. Investigador del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional.

RAMIRO GARCÍA FALCONÍ. Abogado y doctor en Jurisprudencia (Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Máster en Ciencias Penales y Criminológicas (Universidad Externado de Colombia). Máster en Derecho Penal (Universidad de Sevilla). Máster en Derechos Humanos (Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla). Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Central del Ecuador. Profesor invitado de universidades latinoamericanas y europeas. Investigador invitado por la Universidad de Göttingen. Exjefe de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho (Universidad de Zaragoza). Doctora en Derecho. Profesora titular de Derecho Penal en la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Subdirectora del Instituto Universitario Gutiérrez Mellado de Estudios sobre Paz, Seguridad y Defensa (UNED, Madrid).

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA. Doctor en Derecho (Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, España). Especialista en derecho penal y criminología (Universidad de Roma, La Sapienza, Italia). Doctor honoris causa por las universidades Nacional de San Agustín, de Arequipa (Perú), y de Antofagasta (Chile). Catedrático de Derecho Penal y de Introducción a la Filosofía Jurídica y Moral en la Universidad de Valparaíso (Chile). Excatedrático de Derecho Penal y de Filosofía del Derecho en la Universidad de Antofagasta. Fue abogado integrante (jefe suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho.

SALVADOR HERENCIA CARRASCO. Abogado (Universidad de Los Andes, Colombia) con especialización en Derecho Internacional, Europeo y Comparado (Universidad Robert Schuman). Máster en Derecho (LL.M.) de la Universidad de Ottawa. Consultor de la Comisión Andina de Juristas en derecho penal internacional y conflictos sociales. Miembro del Consejo Directivo de la Coalición de ONG por la Corte Penal Internacional.

EZEQUIEL MALARINO. Graduado en Derecho (UBA, Argentina). Doctor en Derecho (Universidad de Macerata, Italia). Profesor de Derecho Procesal Penal de las universidades Torcuato Di Tella y Belgrano. Profesor de posgrado de la UBA. Profesor visitante regular en la Universidad de Trento (2006-2011). Fue becario del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (2002), del Ministerio para la Investigación Científica de Italia (2003-2006) y del Servicio Alemán de Intercambio

Académico (DAAD) (2010). Fue investigador de planta del Collège de France (2004-2006) y del Instituto Max-Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional (2002-2004) y realizó estancias de investigación en universidades de Alemania (Münster y Göttingen), Italia (Bologna, Macerata, Camerino y Trento) y Francia (Paris 1 Panthéon-Sorbonne).

JAIME MARTÍNEZ VENTURA. Abogado y notario. Licenciado en Ciencias Jurídicas por la Universidad de El Salvador. Exdirector y cofundador del Centro de Estudios Penales de El Salvador, CEPES. Director General de la Academia Nacional de Seguridad Pública de El Salvador.

JUAN LUIS MODOLELL GONZÁLEZ. Abogado por la Universidad Católica Andrés Bello (1990). Especialista en Ciencias Penales y Criminológicas por la Universidad Central de Venezuela. Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona (2000). Becario de la Fundación Alexander von Humboldt, del Instituto de Cooperación Iberoamericana, del Instituto Internacional de Sociología Jurídica y del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal 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. Autor de trabajos científicos publicados en Venezuela y en el extranjero. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello.

FABÍOLA GIRÃO MONTECONRADO.. Mestre em Direito (Universidade Federal de Santa Catarina, Brasil). Doutoranda em Direito (Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso). Professora de Direito Penal Internacional na Pontifícia Universidad Católica de Valparaíso.

MARIA THERESA MOURA. Ministra do Superior Tribunal de Justiça. Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do IBCCrim.

DANIEL R. PASTOR. Catedrático de Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad de Buenos Aires. Exbecario del Servicio Alemán de Intercambio Académico. Exbecario de la Fundación Alexander von Humboldt.

ELIZABETH SANTALLA VARGAS. Licenciada en Derecho por la Universidad Católica Boliviana. Máster en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de San Francisco, Estados Unidos. Ha sido visitante profesional adjunta a la División de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional. Es consultora jurídica del

Comité Internacional de la Cruz Roja, Delegación Regional para Bolivia, Ecuador y Perú.

MARCOS ZILLI. Mestre e Doutor em Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Prof. Dr. de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Membro do Forum for International Criminal and Humanitarian Law, Noruega. Juiz de Direito.

