

AUSGABE 11/2011

S. 902 - 973

6. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafrecht

Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik

Von Prof. Dr. Frank Saliger, Hamburg

902

Betrug und Untreue als konkrete Gefährdungsdelikte de lege lata und de lege ferenda

Von Privatdozent Dr. Pierre Hauck, Gießen

919

Strafprozessrecht

Entwicklungen strafprozessualer Maßnahmen in Europa im Rahmen der Terrorfurcht

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. Anna Oehmichen, Wiesbaden

931

Europäisches Strafrecht

Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick

Von Wiss. Angestellter Dominik Brodowski, Osnabrück

940

Strafrecht

La aplicación del Derecho Penal de la República Federal de Alemania en los homicidios en el muro de Berlín

A su vez algunas notas generales sobre la superación del pasado de la República Democrática Alemana

De abogado Andrés Falcone, LL.M., Regensburg

955

TAGUNGSBERICHTE

Internationales Strafrecht

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional

Informe del VIII. Seminario del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Bruselas, 29.11.-2.12.2010)

De Salvador Herencia Carrasco, LL.M. (Universidad de Ottawa), Lima

962

BUCHREZENSIONEN

Ausländisches Strafrecht

João Manuel Fernandes, Das portugiesische Strafgesetzbuch – Código Penal Português

(Wiss. Mitarbeiter José Carlos Nóbrega, Osnabrück)

972

Herausgeber

Prof. Dr. Roland Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael Heghmanns

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RiLG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional

Informe del VIII. Seminario del Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Bruselas, 29.11.-2.12.2010)

De Salvador Herencia Carrasco, LL.M. (Universidad de Ottawa), Lima*

I. 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 parte de 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 y, como siempre, co-organizado por el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminal de la Georg-August-Universität Göttingen. 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. La tercera parte se analizó la figura del desplazamiento forzado, la prueba de casos de desaparición forzada y los elementos contextuales para la determinación de crímenes de lesa humanidad. La cuarta parte se trabajó aspectos de derecho procesal, tal como el principio de legalidad, la peligrosidad, los recursos del imputado, aspectos probatorios y las detenciones preventivas. Finalmente, 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.

II. Aspecto Generales del Sistema Interamericano y del Derecho Penal Internacional

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 tiene 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 infra-constitucional de la Convención Europea, a diferencia del rango constitucional que la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) tiene en la mayoría de sus Estados Parte.

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 inter partes. No obstante, en la práctica sus decisiones son extensas dado que los fallos son definitivos y los Estados están obligados a cumplir con ellos, creando un efecto erga omnes intra partes, teniendo 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 viviente, adaptando el texto a las necesidades y cambios sociales. Un ejemplo es lo decidido en el Caso Selmouni, en el cual hechos que bajo el Art. 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

* Asesor jurídico de la Comisión Andina de Juristas en Lima, Perú. E-mail: sherencia@cajpe.org.pe.

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.

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 90, 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 Art. 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 Arts. 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.

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 Arts. 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 huida hacia el derecho penal consuetudinario para afirmar la supremacía de ésta sobre el derecho del

imputado a la ley penal escrita, cierta y previa (Caso Barrios Altos y Caso 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.

La Prof. *Dra. Emanuela Fronza* (Universidad de Trento) presentó un estudio sobre el sistema de fuentes establecido en el Art. 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 aplicados por la CPI, el 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 que el Estatuto tenga una laguna o sea 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 otras. 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 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 parte de 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 más como una organización para el mantenimiento de la paz?

5. El abogado *Salvador Herencia Carrasco* (Comisión Andina de Juristas) trabajó 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 parte de 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 Art. 63 de la Convención Americana 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 por parte 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 Art. 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 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 son las medidas de satisfacción, no-repetición y de reformas institucionales que son complejas de ser alcanzadas. 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 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 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.

III. Aspectos Específicos del Sistema Interamericano y del Derecho Penal Internacional

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 una trípole 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 Art. 22 de la Convención en relación con el Art. 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 Art. 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.

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 afirmando 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 alcanza tal grado de convencimiento. Ante tales carencias se debe acudir a los indicios o pruebas circunstanciales. Con ello ya no se obtiene certeza, pero si 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 distintas jurisdicciones internas penales que, por cierto, guarda relación íntima con el principio de presunción de inocencia.

Independiente 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 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).

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 es que 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 Nüremberg 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 da 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 medias impiden la adecuada protección de los derechos humanos.

La Prof. *Dra. Alicia Gil Gil* (Universidad Nacional de Educación a Distancia de España) trabajó la excepción al

principio de legalidad establecido en el Art. 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, siendo luego aplicada a todas las situaciones históricas en las que se hayan 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 Art. 7.2 dado que al dejar la puerta abierta a una permanente excepción al principio de legalidad, además de acercar al 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 Art. 7.1 y 7.2 del Convenio. Considerando 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 exigiendo 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, limitándose a determinar si hubo una violación al Convenio, excepto cuando el peticionario haya 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 caso 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.

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 considerando las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se reveló una mayor peligrosidad del agente, condenándolo 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 Art. 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 insalvable 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 “peligroso” 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 venganza o de enseñanza a los demás, sino como la expresión simbólica del reproche por actos que ofenden un sistema preexistente de bienes jurídicos.

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 Art. 8.2 h) 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 sólo 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.

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) sólo es aplicable cuando sea 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 es que la detención preventiva es compatible con la presunción de inocencia. Sobre este punto, la jurisprudencia de la CIDH ha evolucionando a modo de incorporar los indicios de culpabilidad. En el Caso Suárez Rosero, la Corte solo 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 el mismo. 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 pueda 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.

El Prof. Dr. Marcos Coelho Zilli, la Prof. Dra. Maria Thereza Rocha de Assis Moura y la Prof. Fabiola Girão Montecónrado (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 relativos 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 Art. 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 haya sido conducido de forma imparcial o se haya 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 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 al 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, dónde 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.

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 Arts. 8.2 b) y c) de la Convención, siendo de obligatorio cumplimiento para todos los Estados Parte.

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 Art. 8.2 c).

Algunas de las hipótesis mencionadas por la Corte que ameritaría 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 permiten 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 al Art. 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 Paéz). 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 y/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 sólo 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 cuando 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.

El abogado *Jaime Martínez* (Corte Suprema de Justicia de El Salvador) contextualizó la jurisprudencia de la Corte IDH frente a los estados de excepción, el cual se encuentra regulado por el Art. 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 cual 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 (Art. 7.6), el amparo o a cualquier recurso sencillo, rápido y efectivo, (Art. 25.1) entiendo ambas consideradas dentro del marco establecido del respeto al debido proceso (Art. 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 (Art. 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 el mismo se vio suspendido de hecho por su pérdida de eficacia como efecto de dicha normatividad (Caso Neira Alegría, Caso Castillo Petrucci). En otros fallos, la Corte reitera que la tortura está prohibida en situaciones regidas por el Art. 27 de la Convención (Caso Hermanos Gómez Paquiyaury).

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 Art. 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 Art. 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 pueda llegar a influir las decisiones de otros tribunales internacionales relacionados con la protección de los derechos humanos, en particular la Corte Penal Internacional.

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 Art. 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 Petrucci), siendo los casos contra el Perú 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 inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente. La Corte determinó que estas disposiciones eran contrarias al Art. 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, ordenando al Congreso la adopción de una nueva legislación sobre la materia.

Otra situación que la Corte IDH ha tenido que lidiar son las normas internas sobre la amnistía. En este sentido, el Caso Barrios Altos es uno de las sentencias más emblemáticas de este tribunal, en el cual 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 el Caso 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 un tribunal de Trinidad y Tobago que ordenaba 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.

La Prof. *Elizabeth Santalla* (Universidad Católica Boliviana) trabajó el agotamiento de recursos internos vis-à-vis el principio de subsidiariedad 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 hayan 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 dilatación 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 Art. 46.2 de la CADH con el Art. 17.2 del Estatuto.

En la Corte IDH, existe una línea jurisprudencia 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 Petrucci); (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 Paéz); y (iv) la inexistencia del debido proceso legal (Caso Castillo Petrucci).

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 Art. 21.3 del Estatuto de Roma, el cual determina que la aplicación e interpretación del derecho aplicable por parte de

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.

IV. Conclusión

Los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos, especialmente la Corte IDH, ha desarrollado una jurisprudencia que ha permitido la persecución penal de crímenes internacionales. Independientemente de las deficiencias argumentativas, las contradicciones, el overruling 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 permita su consolidación como un tribunal de excepción que debe velar por el respeto de la CADH. De los dieciocho informes reseñados de forma sumamente breve en este informe, 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) a 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 revisada (y del cual existe un consenso por parte 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.