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.° 28), *Marckx* (Judgment of 13 June 1979, Series A n.° 31) y *Adolf* (Judgment of 26 March 1982, serie A, n.° 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] Ibídem, § 49.

[23] Opinión consultiva OC-14/94, supra nota 15, § 50.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, CPJI, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 2006[29] 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.° 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.° 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.° 220, § 225.

[31] Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile,* supra nota 29, § 124.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal.[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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 la 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Ibídem, punto resolutivo 14.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> […] 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Ibídem, § 2.m.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, incurren 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutivo 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

y ordenó además que se activen las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreseídas 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 inadmisible 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, § 72.
[55] Ibídem, § 94.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

validez de procesamientos penales previos y ordenar nuevos procesamientos, contraviniendo 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 interkuturelles Strafrecht?", en *Philosophischer Versuch,* Fráncfort: Suhrkamp, 1999, p. 53.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, tan preciado 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 Sovereignity: 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: *Sovereignity: organized hypocrisy,* Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 20.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inamnistiabilidad, 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›.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

El TEDH se había mantenido hasta hace poco en estas áreas lejos de los excesos[2] 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 CEDH[3] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

(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 Dondé 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 Öneryıldız v. Turkey [GC], no. 48939/99, § 148, ECHR 2004-XII; and İlhan, cited above, § 91-92)*".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

- 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Menteş 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 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-

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.unifi.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 inadmisible 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, dés lors, pas été porté atteinte à la disposition précitée*".

[24] "*Le droit d'accés 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

tiado 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'abusive 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, Osmanoçlu, Balçik 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 de mayo de 2007, serie C, n.º 163, afirma,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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]

Habrá 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".*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 ficción[38] 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 forzosas 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 supuesta 'captura' o 'toma en custodia' de las niñas por militares del Batallón Atlacatl y su 'posterior desaparición'. […]

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 desaparición[41] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 tempori* 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 tempori* 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 inadmisible 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 inadmisible *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 inadmisible el 30 de marzo de 1989). En consecuencia, esta parte de la comunicación es inadmisible *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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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. CCPR/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*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Sargın 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Šilih v. Slovenia, [GC] no. 71463/01, § 140, ECHR 2009-…). Furthermore,*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, § 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 polí Tica,* 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, § 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 critica 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, pues[79] 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*".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 España[83] 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 Martin (dirs.): *Los derechos fundamentales en el derecho penal europeo*, Pamplona, 2010, p. 283.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Después[89] 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 Wiliam Shabas: "Art. 29", en Otto Triffterer: *Commentary on the Rome Statut 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Estatuto[95] 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 55º 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 entablarse 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 preveían 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-

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Luis 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Re*vista de Derecho Penal y Criminología* de la UNED, n.º 4, julio 1999, pp. 771 ss.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 de17 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 behebenden 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 pœna 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

Fechada 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 arrostró 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inadmisible 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*.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 excrecencias. 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 acentuación 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 estés 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. Garofalo: *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 Garofalo, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 pœna 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 ídem, 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 peligrosista, 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. 75° 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 aherrojada 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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*. *Estudos 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 criminología*. Milán: Libreria Cortina, 2.ª ed., 1980, pp. 639-644 (en p. 641 advierte que, al

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 ardides 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inadmisible —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 'Fermín 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 trasparentan 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 receptador; 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 discurso 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] Ibídem, cf. pp. 559-560, y Del Rosal: o. cit., cf. p. 51.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

y que posean significación intersubjetiva, o sea, que hagan relación con otro".[41] Que no puedan darse supuestos de hecho y consecuencias desfavorables[42] 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 impedible*". Ibídem, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Gripigni 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 fruto[50] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

igual a ella. Pues bien, en el concepto lógico de la presunción solo puede caber 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, propincuo 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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*". Ibídem, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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. Ibídem, 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 puniciones 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". Bettiol: *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 puniciones 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 punición, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 seria 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 derecho[70] 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 Donís 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,* váese 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 mismos[71] —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 prohíja 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 entrambas 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 Ibídem, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 abruma 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

Bibliografía

Alexy, 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,* Bolonia: 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.os 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

— "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/repc10-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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

de la democracia[2] 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] torturas[7] 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 resolutiva 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Perú[10] (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 Humanos[11]

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 resolutiva. 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 beneficiarios[16] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, p. 11.

[22] Ibídem.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, § 39.
[25] Corte IDH: caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (1988), reparaciones y costas, serie C, n.º 7, § 27.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 sentencias[28] 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 escolares[30] 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] Ibídem, § 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva) 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 Nº 26479 y [Nº]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] Ibídem, § 43.

[36] Corte IDH: caso *Barrios Altos contra Perú* (2001), reparaciones y costas, serie C, n.º 87, punto resolutivo 5.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> […] 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 resolutiva 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] Ibídem, puntos resolutivos 5 y 6.

[40] Véase Ezequiel Malarino: o. cit., pp. 26-61.

[41] Corte IDH: caso *Goiburu et al. contra Paraguay* (2006), fondo, reparaciones y costas, serie C, n.º 153, § 90-93.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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] Ibídem, § 92.
[43] Ibídem, § 179.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, § 147.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Corte[48] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

mediante la adopción de garantías[51] 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 contenciosos[52] bajo supervisión[53] 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.

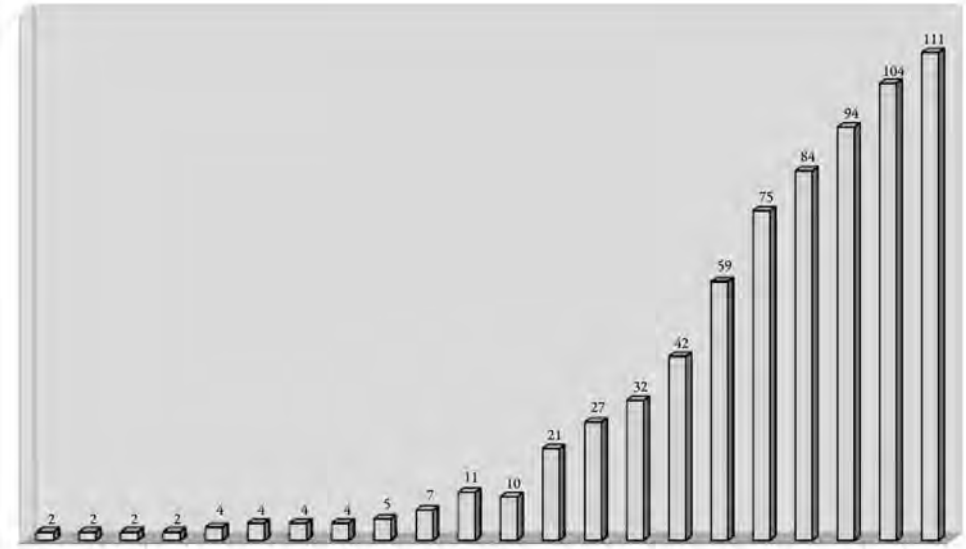
"5. Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

54 Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Informe anual…*, o. cit., p. 12.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

latinoamericanos han implementado una serie de medidas que van desde la persecución judicial[56] de crímenes de lesa humanidad [57] hasta la adopción de reformas constitucionales[58] 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 resolutiva 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 l*a 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. Ebensowenig de-

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[6] 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 internacionais[8] 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 penal[10] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 impunidade[15] 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 Maria Silva Sanchez: "Una critica 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Martin 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 diposto 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 Nº 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 dirigencial 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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…".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 desclassificatórias 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 artículo 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 intervenientes".

[28] Idem Ibídem.

[29] Conferir § 76.59.

[30] Conferir § 76.61.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 direitos[41] 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 incontroversos" 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. Dificlmente 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

que tais considerações fossem sempre precedidas de uma análise criteriosa e que fossem calcadas 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 Rancágua. 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 Rosário 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 4º - Tampoco serán favorecidas con la aplicación del artículo 1º, las personas que aparecieren responsables, sea en calidad de autores, cómplices o encubridores, de los hechos que se investigan en proceso rol nº 192-78 del Juzgado Militar de Santiago, Fiscalía Ad Hoc. Artículo 5º - 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 nº 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 3º 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-lugoslávia, nas Resoluções da ONU e nos próprios precedentes julgados pela Corte IDH como no caso *Barrios Altos* (Conferir os § 115-114).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

obrigações relacionadas com a adequação do ordenamento nacional à normativa internacional, mais especificamente a revogação do Decreto-lei 2.191[53] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 persecução 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 aceso 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:

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 estudantes[64] 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 Bertila 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, desparecimento forçado de pessoas, contra a administração da justiça, assassinato, cada qual à pena de 15 anos de prisão (Conferir o § 80.54).

69 "Articulo 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°. Interprétese el Artículo 1° de la Ley n° 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 medias 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 enjuiciamentos 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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. E é justamente o

[85] Conferir o § 156.
[86] Conferir o § 158.
[87] Artigo 8.4.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 judiciárias 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 excecpcionalidade, 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 irredutível 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, desparecimento forçado de pessoas e execuções sumárias. Todas as si tuações 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 persecuções penais sobre os mesmos fatos é, inegavelmente, um dos elementos nucleares do resguardo da dignidade humana.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Estudos Ramón Areces, 1991.

Satta, Salvatore: *Diritto processuale civile*. 7. ed., Padova: Cedam, 1967.

Silva sanchez, Jesús Maria: "Una critica 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Rechsprechung 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva 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".

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 quieta 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 IDH [5] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 trascrito 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 trascrito (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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

(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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 trascrito, 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inatinente 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 inatinente al propósito de probar o establecer la conclusión*.[14]

Pues bien, dado que la validez de un razonamiento no garantiza que la conclusión sea verdadera[15] 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] Ibídem, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 interprete 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 explicitar estas razones (cf. entre muchas otras, sentencia CSJN, *Cerámica San Lorenzo*, del 4.7.1985 (*Fallos* 307:1094), considerando 2.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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: Zavalía, tercera edición, 2000, p. 483; Gregorio Badeni: "El caso *Simón* y la supremacía constitucional", en *La Ley* 2005-D, pp. 643 ss.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

deber de identificación completa y exhaustiva. Una sentencia nacional que omita 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

mericanos 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, pp. 90-107.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 respuesta 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)*.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 0de 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Alegría 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Petruzzi 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Petruzzi y otro contra Perú,* cit., p. 70.
17 Ibídem, pp. 68 y 69.
18 Véase Corte IDH: caso *Neira Alegría y otros contra Perú,* cit., p. 18.
19 Ibídem.
20 Corte IDH: caso *Durand y Ugarte contra Perú,* cit., p. 31.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

A pesar de que este caso plantea una situación casi idéntica a la de la causa *Neira Alegría 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 Alegría 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 resolutiva 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] Ibídem, pp. 43 y 44.
[22] Cf. ibídem, pp. 31 y 40.
[23] Cf. ibídem, puntos resolutivos, pp. 43 y 44.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem.

[26] Ibídem, p. 32.

[27] Corte IDH: caso *Castillo Petruzzi y otros,* cit., § 110.

[28] Cf. Corte IDH: caso *Cantoral Benavides,* cit., pp. 33-54.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 consultivas[29] 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] Ibídem, pp. 83-84.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 recalcó 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] Ibídem (cursivas añadidas).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 resolutiva 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 resolutivos 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. ibídem, pp. 20 y 21.
[37] Ibídem, p. 47.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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
Goiburu 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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);

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva 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 resolutivos 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Mabnahme 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,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Íñiguez 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 Íñiguez*, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 detenernos 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

Además, en la sentencia trascrita 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] Ibídem, § 101 (cursivas añadidas).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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] Ibídem, p. 259.

[14] Mir Puig: *Derecho penal. Parte general,* Barcelona, 2008, p. 368.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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:

> Cuando 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 período, 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 señalé.

[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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 amenza 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 víctimas[15] que no están previstos explícitamente ni por los catálogos de derechos

---

[7] Corte IDH: *Suárez Rosero contra Ecuador,* cit., § n.° 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.° 12.553, *Jorge, José y Dante Peirano Basso* (Uruguay), de 1 de mayo de 2007.

[8] Comisión IDH: Informe n.° 2-99 en el caso n.° 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.° 132; *Tibi contra Ecuador,* cit., § 183-200; Com IDH: Informe n.º 50-00 en el caso n.° 11.298, *Reinaldo Figueredo Planchart contra Venezuela,* del 13 de abril de 2000, § n.° 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.° 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.° 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 *Relatoría 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,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, proscribe 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> […] 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 ibídem, 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inculpado.[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,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 obviedad, 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 prevaleciente 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Humanos[50] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

(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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 inadmisible 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 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" (§ 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 extralegales, para luchar contra la criminalidad" ha sido cambiada actualmente por una que dice que su misión es

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 bienintencionadas[60] 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 is in idem* según la jurisprudencia de la Corte IDH. En la Convención Americana encontramos en este asunto una protección sin excepciones para el inculpado 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.° 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

derecho contra la costumbre[67] 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 comunis* 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 dimanan de la Convención Americana y, argumentablemente, del derecho consuetudinario de investigar, procesar y, en su caso, sancionar puede aportar insumos para el progresiv o 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 humanos[1] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 intenacionales no siempre se han avocado a encontrar una justificación teórico o práctica, en el marco de la Convención Americana pueden iden-

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 consuetudinario[10] y podría también considerarse por un lado parte de las reglas o principios generalmente reconocidos en el derecho internacional[11]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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Racial[16] 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 dilatorios[19] (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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 internos[21] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Solis 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 compañersas 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] Ibídem, § 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 inadmisible 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 referrrals* 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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 inactividad[33] 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

la premisa de que en tales circunstancias estos no son procedentes 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 inefectividad 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 imporatancia 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 Crueles, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

> 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 dimanan 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 OA8, Appeals Chamber, 25 September 2009, § 83.

[60] La decision 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Alegría 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).

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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, 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 *Öneryldiz* 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 máxime 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva 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,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 equilibro 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,

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 sufrientes 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

venganza 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.*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 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 inculpado 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 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 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 Alegría*, caso *Castillo*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 resolutiva 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 resolutiva, 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

Los autores

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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-*

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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: Giuffré, 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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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. Exjuez de la Tercera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Pichincha. Presidente del Instituto Ecuatoriano de Derecho Penal e Investigaciones Criminológicas.

ALICIA GIL GIL. Licenciada en Derecho (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 (juez suplente) de las cortes de apelaciones de Antofagasta (2001-2005) y de Valparaíso (2007-2008). Autor de múltiples publicaciones sobre temas de derecho penal y filosofía del derecho.

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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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 (Bolonia, 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 THEREZA 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

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

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.

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/

PURL: https://www.legal-tools.org/doc/150cc9/