

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

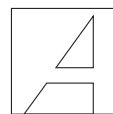
Grupo Latinoamericano de Estudios
sobre Derecho Penal Internacional

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

Georg-August-Universität-Göttingen



Instituto de Ciencias Criminales — Departamento
de Derecho Penal Extranjero e Internacional



Konrad
Adenauer
Stiftung

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica
-Oficina Regional Montevideo-

© 2010 KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG e. V.

Klingelhöferstr. 23

D-10785 Berlín

República Federal de Alemania

Tel.: (#49-30) 269 96 453

Fax: (#49-30) 269 96 555

FUNDACIÓN KONRAD-ADENAUER, OFICINA URUGUAY

Plaza de Cagancha 1356, Oficina 804

11100, Montevideo

Uruguay

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

Fax: (#598) 2908 6781

e-mail: ius.montevideo@kas.de

www.kas.de

Editora responsable

Gisela Elsner

Asistentes de redacción

Rosario Navarro

Manfred Steffen

Correctores

María Cristina Dutto (español)

Paulo Baptista (portugués)

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

Gral. Pagola 1823 - Tel. 2203 4760

11800 Montevideo, Uruguay

e-mail: mastergraf@netgate.com.uy

Depósito Legal 354.062 - Comisión del Papel

Edición amparada al Dec. 218/96

ISBN 978-9974-8099-6-3

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

Los textos que se publican son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no expresan necesariamente el pensamiento de los editores. Se autoriza la reproducción total o parcial del contenido con inclusión de la fuente.

ÍNDICE

PRÓLOGO	11
GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL	15
PRESENTACIÓN	19
GLOSARIO DE SIGLAS	21

TEMAS GENERALES

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

TEMAS ESPECÍFICOS

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

por Alejandro Aponte Cardona..... 125

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

por José Luis Guzmán Dalbora..... 171

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

por Juan Luis Modolell González..... 193

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

por Pablo F. Parenti..... 211

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

por Elizabeth Santalla Vargas..... 229

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

por Javier Dondé Matute 263

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

por Dino Carlos Caro Coria..... 295

PROVAS ILÍCITAS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

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

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

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

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

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

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

RESUMEN DE LAS JORNADAS

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

AUTORES 515

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

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

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

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

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

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

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

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

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

GISELA ELSNER

Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, Montevideo

Fundación Konrad Adenauer

Montevideo, octubre de 2010

Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional

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

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

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

Hasta el momento, el Grupo de Estudios ha finalizado seis investigaciones, publicadas en los siguientes volúmenes:

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

- Persecução Penal na America Latina e Espanha.* Kai Ambos y Ezequiel Malarino (editores), San Pablo, IBCCRIM, 2004.
- *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina y España.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2005.
 - *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación e implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2006.
 - *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania, España e Italia.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2007; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (con edición de Ambos y Malarino).
 - *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con un informe adicional sobre la jurisprudencia italiana.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer 2008; reimpresso en Bogotá: Temis, 2008 (con edición de Ambos y Malarino).
 - *Justicia de transición en América Latina.* Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Gisela Elsner (editores), Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, 2009; reimpresso en Bogotá: Temis, 2010 (con edición de Ambos y Malarino).

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

La composición del Grupo de Estudios es actualmente la siguiente:

Coordinadores académicos:

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

Prof. Dr. Ezequiel Malarino (Argentina)

Coordinadora institucional:

Gisela Elsner (Fundación Konrad Adenauer)

Miembros:

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

Referentes internacionales:

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

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

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

Los trabajos individuales que aquí se publican han sido expuestos y discutidos en el seminario internacional *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos y el derecho penal internacional*, organizado por el Programa Estado de Derecho para América del Sur de la Fundación Konrad Adenauer, el Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional del Instituto de Ciencias Criminales de la Georg-August-Universität de Alemania y la Universidad de Belgrano (Argentina), en la ciudad de Buenos Aires, los días 23, 24 y 25 de marzo de 2009. Al final del libro se incluye un resumen del desarrollo de dicho seminario (Herencia), publicado anteriormente en

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

Deseamos agradecer en este lugar a todos quienes han hecho posible la publicación de esta obra y la realización del seminario de discusión. En primer lugar, al Programa Estado de Derecho para Sudamérica de la Fundación Konrad Adenauer, por la organización y financiación del encuentro desarrollado en la ciudad de Buenos Aires, por la financiación de la presente publicación y por el constante apoyo que desde el año 2002 presta para la consolidación de este Grupo de Estudios. Especialmente agradecemos a su directora, la Sra. Gisela Elsner, y a Manfredo Steffen por su eficiencia en las cuestiones organizativas. En segundo lugar, a las autoridades de la Universidad de Belgrano por su colaboración en la organización y financiación del seminario de discusión. En tercer lugar, a Daniel R. Pastor (Argentina) y Nils Meyer Abich (Alemania) por su activa participación en la discusión de los trabajos durante el seminario realizado en Buenos Aires. Por último, y especialmente, a quienes con sus trabajos hicieron posible esta publicación: César Alfonso (Paraguay), Alejandro Aponte (Colombia), Carlos Caro Coria (Perú), Marcos Coelho Zilli (Brasil), Javier Dondé (México), Pablo Galain Palermo (Uruguay), Ramiro García (Ecuador), Alicia Gil Gil (España), Fabíola Girão Monteconrado Ghidalevich (Brasil), José Luis Guzmán Dalbora (Chile), Salvador Herencia (Perú), Jaime Martínez Ventura (El Salvador), Juan Luis Modolell (Venezuela), Héctor Olásolo (España/Holanda), Pablo Parenti (Argentina), Lisandro Pellegrini (Argentina), Maria Thereza Rocha de Assis Moura (Brasil) y Elisabeth Santalla Vargas (Bolivia).

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

Glosario de siglas

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

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

Temas generales

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

Ezequiel Malarino

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸ García Ramírez: o. cit., p. 13.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Cf. notas 53, 56, 57 y 73.

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

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

Activismo judicial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸ Ezequiel Malarino: “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, punto X, en revista electrónica *El Dial*, 14 de septiembre de 2009.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁷ *Ibidem*, § 24.

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

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

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

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

²⁹ Bastardilla agregada.

³⁰ Bastardilla agregada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ Ejemplos de estos casos en el punto 3.

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

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

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

- i) El primer contraargumento posible es que la Corte Interamericana debería poder actualizar el derecho interamericano para suplir la inactividad de los estados. “Lo hago porque los estados no lo hacen”, podría replicar la Corte Interamericana en nuestro juicio hipotético. La respuesta a este contraargumento ya se encuentra en los argumentos antes señalados, especialmente en los puntos (b.i) a (b.iv). La elección de los argumentos normativos antes señalados o del contraargumento fáctico aquí esgrimido depende de cómo se respondan las siguientes preguntas: ¿Pueden los jueces ejercer funciones legislativas solo porque el legislador no cumple (o porque ellos creen que no cumple) correctamente con su tarea? De un modo más claro: ¿Tienen los jueces competencia para extralimitar su competencia e invadir la competencia legislativa de los estados cuando creen que estos no adecuaron el derecho interamericano a las necesidades de protección de los derechos humanos? Mi opinión quedó claramente expuesta en los puntos anteriores. No puedo agregar nada más a su favor, ni en contra de este contraargumento, porque este contraargumento solo opone una razón fáctica a mis razones jurídicas y para desechar esa razón fáctica sólo volvería a esgrimir aquellas jurídicas. Aquí sólo podría recordar una obviedad: que en una discusión jurídica hay que argumentar jurídicamente.
- ii) Los partidarios del activismo judicial podrían intentar defender la creación judicial de derecho de la Corte Interamericana con argumentos ideológicos. El argumento diría más o menos como sigue: El activismo judicial de la Corte Interamericana es aceptable porque defiende los valores de la humanidad y afianza el progreso de los derechos humanos. En nuestro proceso hipotético la Corte Interamericana podría alegar en su defensa: “Reconozco que ninguna norma me autoriza a crear derecho, pero lo hago para defender los valores de la humanidad; estoy del lado de los buenos y por eso mi acti-

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

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

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

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

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

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

⁴² Hart: o. cit., pp. 176 ss.

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

Punitivización

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Nacionalización

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ Cf. nota 61.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

César Alfonso

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

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

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

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

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

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

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

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

¹ Artículo 33 de la CADH.

² Artículos 62.3 y 64.1-2 de la CADH.

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

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

⁵ Artículo 63.1 de la CADH.

⁶ Artículo 68.1 de la CADH.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Argentina

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

⁸ Artículo 62.3 de la CADH.

⁹ Artículo 68.1 de la CADH.

¹⁰ Artículo 69 de la CADH.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Véase la sección 2.

¹⁵ A partir del caso *Ekmedjian*.

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

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

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

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

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

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

En esta misma resolución el tribunal consideró:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Bolivia

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

La nueva Constitución Política del Estado de Bolivia establece que ella es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa; que el bloque de constitucionalidad está integrado por los tratados y convenios internacionales en materia de derechos humanos y las normas de derecho comunitario ratificados por el país.²⁸

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

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

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

2.3. Brasil

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Colombia

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

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

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

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

³⁵ Artículo 93 de la Constitución Política de Colombia.

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

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

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

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

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

2.5. Chile

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.6. Ecuador

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

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

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

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

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

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

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

⁴² Ídem.

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

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

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

2.7. Paraguay

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

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

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

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

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

⁴⁷ Artículo 141 Constitución Nacional:

“De los tratados internacionales

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

⁴⁸ Artículo 137 de la Constitución Nacional.

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

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

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

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

2.8. Perú

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

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

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

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

⁵¹ Ídem.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Ídem.

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

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

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

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

En algunos fallos⁶¹ puede encontrarse el siguiente razonamiento: de acuerdo con la 4.^a disposición final y transitoria de la Constitución, “los derechos y libertades reconocidos en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por el Estado peruano. Tal interpretación, conforme con los tratados sobre derechos humanos, contiene, implícitamente, una adhesión a la interpretación que, de los mismos, hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la Región”.⁶²

2.9. Uruguay

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

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

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

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

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

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

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

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

2.10. Venezuela

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Ibidem.

⁷³ Ibidem.

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

⁷⁵ Carlos M. Ayala Corao: “La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, <http://www.cecococh.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_html/la_ejecucion5_1-2007.pdf> (25.5.2009).

3. Conclusión

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lisandro Pellegrini

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

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

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

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

1.

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

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

² Artículo 63.1 de la Convención.

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Artículo 61.1 de la Convención.

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

⁸ Artículo 62.1-2 de la Convención.

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

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

2.

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

2.1. Perú

Caso Loayza Tamayo¹⁰

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

⁹ Artículos 67 y 68.1 de la Convención.

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

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

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

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

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

Caso Castillo Petruzzi¹⁴

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

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

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

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

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

¹⁵ Véase *supra*, nota 12.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Venezuela

*Caso Apitz Barbera*²⁴

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

²² Artículo 1.

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

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

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

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

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

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

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

²⁵ Ídem, § 2.

²⁶ § 147 de la sentencia.

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

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

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

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

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

²⁸ Su texto es el siguiente: “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

²⁹ Al respecto, y con cita de una sentencia anterior del mismo tribunal (1309/2001, de la misma Sala), se dijo: “[...] el derecho es una teoría normativa puesta al servicio de la política que subyace tras el proyecto axiológico de la Constitución y que la interpretación debe comprometerse, si se quiere mantener la supremacía de la Carta Fundamental cuando se ejerce la jurisdicción constitucional atribuida a los jueces, con la mejor teoría política que subyace tras el sistema que se interpreta o se integra y con la moralidad institucional que le sirve de base axiológica (interpretatio favor Constitutione). [...] en este orden de ideas, los estándares para dirimir el conflicto entre los principios y las normas deben ser compatibles con el proyecto político de la Constitución (Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia) y no deben afectar la vigencia de dicho proyecto con elecciones interpretativas ideológicas que privilegien los derechos individuales a ultranza o que acojan la primacía del orden jurídico internacional sobre el derecho nacional en detrimento de la soberanía del Estado. [...] no puede ponerse un sistema de principios supuestamente absoluto y suprahistórico por encima de la Constitución y [...] son inaceptables las teorías que pretenden limitar ‘so pretexto de valideces universales, la soberanía y la autodeterminación nacional’”. Seguidamente, con referencia a otra sentencia del mismo tribunal (1265/2008), la Sala resumió su postura de fondo en el caso al expresar: “[...] en caso de evidenciarse una contradicción entre la Constitución y una convención o tratado internacional, ‘deben prevalecer las normas constitucionales que privilegien el interés general y el bien común, debiendo aplicarse las disposiciones que privilegien los intereses colectivos [...] sobre los intereses particulares [...]’”.

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

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

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

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

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

2.3. Trinidad y Tobago

Caso James³²

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

No hubo pronunciamientos de la Asamblea General al respecto.

2.4. Argentina

Caso Cantos³⁸

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Caso Bulacio⁴¹

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

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

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

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

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

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

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...], este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.⁴³

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

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

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

⁴³ § 116 de la sentencia.

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

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

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

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

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

3.

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

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

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

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

Tal conclusión tiene como base las siguientes premisas:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ Espósito Massicci: o. cit., p. 49.

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

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

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

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

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

⁵² Véase supra, nota 49.

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

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

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

4.

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Véase supra, nota 54.

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

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

Jaime Martínez Ventura

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

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

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

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

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

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

1.1. Guatemala

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. Costa Rica

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

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

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

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

⁸ Expediente 156-2008.

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

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

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

161. De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que “no basta con la existencia formal de los recursos sino que estos deben ser eficaces”, es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos.¹⁰

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

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

Se resolvió además, en lo que interesa aquí:

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

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

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

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

1.3. El Salvador

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

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

La Sala de lo Constitucional ha dicho al respecto:

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

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

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

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

1.3.2. Reparación de las víctimas (artículo 75.1 ECPI)

El Tribunal Cuarto de Sentencia de San Salvador ha dicho:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.1. Guatemala

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

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

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

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

2.2. Costa Rica

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. El Salvador

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

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

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

Art. 144. Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros Estados o con organismos internacionales constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución.

La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado.

Art. 145. No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República.

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

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

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

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

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

En otra resolución, la Sala de lo Constitucional dijo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Ídem.

²¹ Tales disposiciones textualmente dicen:

“Artículo 145. No se podrán ratificar los tratados en que se restrinjan o afecten de alguna manera las disposiciones constitucionales, a menos que la ratificación se haga con las reservas correspondientes. Las disposiciones del tratado sobre las cuales se hagan las reservas no son ley de la República. [...]”

“Artículo 146. No podrán celebrarse o ratificarse tratados u otorgarse concesiones en que de alguna manera se altere la forma de gobierno o se lesionen o menoscaben la integridad del territorio, la soberanía e independencia de la República o los derechos y garantías fundamentales de la persona humana”.

²² Ley Antimaras.

²³ Ídem.

3. Conclusiones

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

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

En palabras de la profesora Cecilia Sánchez Romero:

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

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

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

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

Temas específicos

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

Alejandro Aponte Cardona

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1.1. El fenómeno de la competencia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴ *Ibidem*, pp. 1045 ss.

⁵ *Ibidem*, pp. 1046 ss.

⁶ *Ibidem*, p. 1046.

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

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

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

⁸ *Ibídem*, p. 1047.

⁹ *Ibídem*, p. 1048.

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

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

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

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

¹⁰ Ibidem, p. 1049.

¹¹ Ibidem, pp. 1058 ss.

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

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

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

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

3 ● Posición de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁶ Ibidem, § 133.

¹⁷ Ibidem, § 134.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ Ibidem, § 135.

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

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

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

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

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

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

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

²⁰ Ibídem.

²¹ Ibídem, § 174.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ *Ibíd.*, § 171 ss.

²⁷ *Ibíd.*, § 171.

²⁸ *Ibíd.*

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

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

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

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

³⁰ *Ibidem*, § 60 y 61.

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

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

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

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

³¹ Ibídem, § 88.

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

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

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

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

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

³³ *Ibidem*, § 152.

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

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

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

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

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

³⁴ Ibídem, § 155.

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

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

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

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

³⁶ Ibídem, § 30.

³⁷ Ibídem, § 30 y 34.

³⁸ Ibídem, § 29.

³⁹ Ibídem.

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

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

Concluyó su argumentación manifestando:

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

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

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*, § 31.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*, § 32 y 33.

⁴⁹ *Ibidem*, § 33.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵³ *Ibidem*, § 208.

⁵⁴ *Ibidem*, § 207.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ *Ibidem*.

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

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

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

⁵⁹ Ibídem, § 109.

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

⁶¹ Ibídem, § 116.

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

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

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

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

⁶² Ibidem.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁴ *Ibidem*, § 110.

⁶⁵ *Ibidem*, § 111.

⁶⁶ *Ibidem*.

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

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

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

⁶⁷ Ibídem, § 114.

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

⁶⁹ Ibídem, § 115.

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

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

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

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

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

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

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

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

Y finalmente agregó:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10.2. La aquiescencia estatal con las acciones de particulares y la omisión del deber en los agentes estatales: un punto de inflexión actual

La evolución, como se dice, no solo se da en términos del uso ya sistemático de las normas humanitarias, sino en función de la responsabilidad. Ello está expuesto claramente en la providencia citada sobre el caso *Mapiripán*. En ella, la Corte realizó una disertación respecto a los alcances de la responsabilidad internacional de los estados por violar la Convención Americana. Para la Corte, la interpretación de la Convención, tiene que “acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”.⁷⁵ Esta evolución tiene lugar, entre otras razones, a partir del hecho de que el “deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”.⁷⁶

En este contexto se desarrolla la interpretación acerca de la actuación de particulares sin control de los funcionarios responsables y tiene lugar la reflexión sobre actos omisivos. A propósito de ello, y en general respecto de aquella evolución a la cual se alude, es menester hacer referencia a algunas consideraciones efectuadas al respecto por el juez Antônio A. Cançado Trindade, quien se ha pronunciado al respecto en diversos votos concurrentes a sentencias de la Corte IDH.

En primer lugar, en el voto concurrente en la sentencia de fondo del caso *Barrios Altos contra Perú*, el magistrado expresó que en la actualidad no ve sentido alguno a contraponer la responsabilidad internacional del Estado con la responsabilidad penal individual. En consecuencia, manifestó que la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos internacionalmente consagrados y la responsabilidad

⁷⁴ Ibídem, § 180.

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la *Masacre de Mapiripán contra Colombia*, loc. cit., § 106.

⁷⁶ Ibídem, § 109.

penal individual de agentes perpetradores de violaciones graves de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario son dos caras de la misma medalla en la lucha contra las atrocidades, la impunidad y la injusticia; constatación que es posible gracias a lo que él denomina el *despertar de la conciencia jurídica universal*.⁷⁷ Este despertar se basa, a su juicio, en un nuevo paradigma, un paradigma antropocéntrico, con base en el cual se concibe que el ser humano está ubicado en la posición central y a partir del cual se ponen de manifiesto los problemas que afectan a la humanidad como un todo.⁷⁸ (Son desde luego deducciones problemáticas, incluso porque la misma idea de humanidad es, en derecho, un constructo normativo al cual hay que darle sentido y no obra como un supuesto abstracto, absoluto. En la noción misma de dignidad aparece este problema: ella es un constructo normativo de Occidente que le viene dando un sentido. No se trata de un presupuesto que se torna maleable, instrumentalizable, abstracto.)⁷⁹

Por otra parte, en el voto razonado a la sentencia de fondo, reparaciones y costas del caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, el juez Trindade hizo referencia al hecho de que existe una complementariedad entre la responsabilidad internacional de los estados y la responsabilidad penal internacional de los individuos:

La responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino más bien se complementan. Esto porque un agente público actúa en nombre del Estado, y tanto el Estado como su agente responden por los actos u omisiones a ambos imputables.⁸⁰

Y finaliza este aparte del referido voto razonado:

A mi juicio, la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo no se autoexcluyen, sino, todo lo contrario, son complementarias y encuéntrase inexorablemente interligadas.⁸¹

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Barrios Atos contra Perú*, sentencia del 14 de marzo de 2001, fondo, voto concurrente del juez Antônio A. Cançado Trindade.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Bien vale en este contexto hacer referencia al gran trabajo de Werner Maihofer sobre la dignidad y sobre cómo ella debe construirse, debe adecuarse paso a paso a las exigencias del derecho. Se cita la elegante traducción de José Luis Guzmán, con un estudio preliminar, en colaboración con Agustín Squella Narducci: *Estado de derecho y dignidad humana*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2008.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Myrna Mack Chang contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2003, fondo, reparaciones y costas, voto razonado del juez Antônio A. Cançado Trindade, § 14.

⁸¹ *Ibidem*, § 20.

En el voto razonado a la sentencia de fondo del caso *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, el juez Trindade ahonda en los argumentos. Hace referencia al *ius cogens*, a una noción más comprehensiva de *lesa humanidad*, al individuo como centro de imputación, entre otras consideraciones complejas que constituyen hoy un punto central en el activismo de la Corte. Son temas que deben ser analizados en sumo detalle y en perspectiva.

La Corte insiste, además, en que para deducir la responsabilidad estatal no es necesario, como obra el derecho penal, individualizar y deducir el grado y la forma de culpabilidad, como lo hace el derecho penal. Pero ello en la práctica es cada vez más difícil, pues en una narración de hechos no parece lógicamente posible deslindar la alusión a actores concretos, de acuerdo con la reconstrucción probatoria que hace la Corte. Por ejemplo, en sentencia del 4 de julio de 2007, en el caso de la ejecución del indígena colombiano Germán Escué Zapata, la Corte, en la narración de los hechos, se refiere expresamente a los militares que estuvieron de una u otra forma involucrados en ellos. A las narraciones generales sobre quiénes eran responsables de las guarniciones militares para el momento de los hechos se agregan narraciones específicas sobre quién intervino en la muerte:

Después de haber caminado por un tiempo aproximado de veinte minutos el cabo [...] se retrasó unos metros junto con Germán Escué Zapata, a quien golpeó en el estómago con la culata del fusil que portaba, haciendo que se doblegara. El señor Escué Zapata suplicó al Cabo [...] que no lo matara, pero el Cabo retrocedió y le disparó varias veces causándole la muerte.

¿Y si el Cabo no ha sido hallado responsable penalmente en el ámbito? Este es hoy uno de los hechos de mayor discusión en torno de la actuación del SIDH, pero puede verse, desde una perspectiva de defensa radical de los derechos humanos y de castigo a los infractores, como una manera de interactuar el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho penal, incluso si ello se da con independencia de las decisiones internas: un tribunal internacional podría tener como referencia la narración de los hechos y la argumentación en función de ellos, como punto de partida para instruir un proceso y deducir responsabilidades individuales.

Como se ve, se trata de temas extraordinariamente complejos, que constituyen desafíos de toda índole y merecen una atención muy especial, no solo de los juristas dedicados al derecho penal, sino en general de la comunidad jurídica, de las instancias que

deciden sobre políticas públicas de protección de derechos humanos, de aquellos que en casos concretos —por ejemplo, donde existen conflictos armados irregulares— propongan leyes que funcionen como mecanismos de justicia transicional.

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

José Luis Guzmán Dalbora

RESUMEN. El principio de legalidad penal comparece contadas veces en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a lo largo de fallos que tampoco abarcan el plexo de problemas encapsulado en él. Sin embargo, el análisis de las sentencias muestra las dificultades de la Corte en la comprensión de su significado político y valor científico. Así, si ella ciñe la reserva de ley (el derecho aplicable) a la legislación interna de cada Estado, no tiene inconvenientes, empero, para admitir la validez jurídica de decretos leyes en sentido impropio. También la apreciación de la taxatividad en algunos tipos delictivos, especialmente el terrorismo, es oscilante en sus sentencias. Otro tanto cabe decir de la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte admite en general, pero perfora con dudosas excepciones cuando se trata de crímenes internacionales o de significación política.

ABSTRACT. The principle of criminal legality appears rarely in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, in decisions that do not cover the network of issues it contains. However, an analysis of the judgments shows that the Court has difficulty in understanding its political significance and scientific value. Thus, although the Court restricts the principle of the requirement of law ("the applicable law") to the domestic legislation of each State, it has, however, not hesitated to admit the legal validity of Decree-Laws in an improper sense. Also, the Court's rulings have fluctuated in their assessment of the need for crimes to be strictly construed, particularly in the case of terrorism. Much the same can be said of the non-retroactivity of harsher criminal laws. This is a restriction which the Court admits in general but undermines with doubtful exceptions in the case of crimes against international law or with political significance.

1. Problemas, contenido y alcance del tema

Tratar del principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos humanos plantea un doble orden de problemas.

Por un lado, la controversia existente en la doctrina penalista sobre el fundamento, la naturaleza, el carácter, el contenido y el alcance del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Estas cuestiones, que hacen al principio en general, no pueden ser abordadas aquí sino en la estricta medida en que resultan indispensables para sistematizar los fallos que nos interesan. No hemos de adentrarnos, pues, en si nuestro apotegma hinca sus raíces en una exquisita cuestión de seguridad jurídica o bien en la separación de los poderes del Estado;¹ si posee una naturaleza solo política, ligada a la entraña misma del liberalismo como doctrina y su consecuencia, el Estado de derecho, o política y jurídica a la vez; si tiene carácter constitutivo o, a la inversa, solo limitador del poder penal del Estado,² ni en el número e índole de las exigencias que suelen desprenderse de él, como la indispensable taxatividad o determinación de las leyes que establecen delitos y penas, su irretroactividad, las peculiaridades concretas de la extractividad de la ley más benigna, la relación entre legalidad y tipos de derecho penal, etcétera.³ Y de tener que tocar tales asuntos, ello habrá de ocurrir por inciso y únicamente cuando la exposición de las materias respectivas lo requiera.

Por otra parte, el estatuto y la actividad de la Corte Interamericana complican y, a la vez, limitan el estudio de las interpretaciones que ella ha alumbrado sobre el contenido del principio. En efecto, este, como diremos pronto, se presenta con una formulación defectuosa y alicorta en el artículo 9.º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o sea, la disposición encargada de vertebrar las sentencias de la Corte sobre el tema. Es un mérito de su jurisprudencia haber sacado más partido que el que esas prietas

¹ Por el primer criterio se pronuncia la inmensa mayoría de los autores. Véanse, por todos, el clásico estudio de Flavio López de Oñate: *La certezza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968, pp. 50-51, y, últimamente, Cadoppi: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007, p. XIII, donde escribe que si la legalidad implica certeza, esta mira a garantizar la igualdad de las personas. Sustenta el segundo criterio, solo que ciñéndolo al imperativo de determinación de las leyes penales, un derivado de la legalidad, García-Pablos de Molina: *Introducción al derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.ª ed., 2005, p. 530.

² En el primer sentido, Rivacoba y Rivacoba: "Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal", en la *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741; en el segundo, entre muchos autores de la actualidad, Eugenio Zaffaroni (en colaboración con Alejandro Alagia y Alejandro Slokar): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002, cf. pp. 110-111.

³ Sobre estos pormenores puede verse el espléndido estudio de Giuliano Vassalli: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994, pp. 6-11.

líneas prometían, especialmente a propósito de la tipicidad o legalidad estricta. Pero, a la vez, hemos de reprocharle que malinterprete las contadas exigencias que el precepto consigna *expressis verbis*, como la cuestión de la irretroactividad, así como que omita aventurarse en facetas asaz oscuras de aquel, como el alcance del principio de reserva legal —que la fuente internacional, a decir verdad, malogra ya desde su arranque—. Ahora bien, si, a propósito de sus aspectos censurables, alguien echara de menos una formación especializada en derecho penal entre los jueces que integran el tribunal,⁴ a nosotros nos apremia subrayar dos elementos que acotan considerablemente nuestro campo de estudio, a saber, el escaso número de sentencias en que la Corte ha aplicado el artículo en palabra y, pasando al fondo, el también circunscrito espectro de asuntos, encapsulados en la legalidad penal, de que versan sus pronunciamientos.

El orden en que los exponemos se enmarca en una concepción determinada del significado del *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Poco se discute que la máxima posee una importancia política y científica, ni que ambas se proyectan en diversas parcelas de la introducción al derecho penal y la fracción de la disciplina donde se examinan los principios y reglas aplicables a todos los delitos y penas; en otras palabras, su parte general. Esta pareja de significados está henchida de rica sustancia. Por lo pronto, su trasfondo *político*,⁵ que enlaza el principio a la supremacía de la ley —y, con ella, a la soberanía popular—, la lucha contra el poder de jueces y administradores y el imperio de la certeza jurídica, se traduce en dos funciones recíprocamente condicionadas, *limitadora* la una y *garantizadora* la otra.⁶ Por la primera, el sistema de fuentes queda acotado, en este sector del ordenamiento jurídico, nada más que a la ley escrita, la única que ostenta la virtualidad inmediata de crear delitos y penas. Mas el principio de *reserva legal* es apenas el punto de partida de un plexo de problemas que hacen al alcance de la voz *ley*, a su validez temporal (*lex praevia*), a la forma en que ha de ser interpretada, a la prohibición de integrarla merced a la analogía (*lex stricta*) y de colmar sus vacíos a través de la costumbre (*lex scripta*). A su turno, la función garantizadora, que mira a salvaguardar la libertad

⁴ Como se sabe, el Estatuto indica que sus siete magistrados han de tener “reconocida competencia en materia de derechos humanos” (artículo 52); por tanto, no necesariamente un dominio de disciplinas concretas del árbol jurídico, en todas las cuales, por cierto, pero sobre todo el derecho penal, se proyectan los derechos fundamentales de la persona.

⁵ Muy bien resumido en la exposición de Rodríguez Mourullo: “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, t. XIV, 1971, cf. p. (882-893) 886.

⁶ Cf. Jiménez de Asúa: *Tratado de derecho penal* (publicados 7 vols.), Buenos Aires: Losada, 2.ª ed., t. II, 1950, pp. 379-380, con cita de Stampa Braun.

individual,⁷ se despliega en un abanico de cuatro puntas: garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), garantía penal (*nulla poena sine lege*), garantía jurisdiccional (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*) y garantía de ejecución.⁸ Obsérvese que esta función va unida a la primera, porque también en ella se quiere expresar límites irremontables a un poder que, precisamente en virtud de tales barreras, merece el nombre de *ius puniendi*, y ambas, al liberalismo en cuanto doctrina política, al cual repugna que la comunidad se estructure en una organización autoritaria o totalitaria y que, por cierto, es incompatible con los vástagos penales de un Estado así concebido. De lo que se sigue que la legalidad, no menos que sus negaciones, guarda una estrecha simetría con el tipo de derecho penal imperante en una sociedad según sus condicionamientos o coyunturas políticas. Es más, la envergadura política del principio se proyecta por igual en el significado *científico* de él, que demanda el concepto de tipo y, en general, claridad, completitud y precisión así en la descripción del supuesto de hecho de los delitos como en la configuración y los límites de sus penas (principio de taxatividad o *lex certa*), a lo que cabe añadir que, bien mirada, la determinación es el lógico corolario de la legalidad en la estructura de las leyes penales, por cuyo motivo también aquí asoma un cabo que se reconduce dócilmente a la función limitadora de aquella y, con ello, a su eje de seguridad.⁹

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Interamericana no permite recorrer el amplio espectro de cuestiones que hemos enunciado, como tampoco sus ulteriores desenvolvimientos, que por lo mismo hacemos gracia al lector de relatar. De nuestra espiga de fallos, realizada sobre un universo tampoco muy abundoso, vienen en causa solamente estos pliegues del principio: a) la reserva de ley en la creación de delitos y penas; b) la taxatividad o determinación de algunos tipos delictivos, todos los cuales giran en torno a la noción de terrorismo, y de la categoría criminológica de la peligrosidad, tumor aún enquistado en las legislaciones iberoamericanas, y, por último, c) la irretroactividad de la ley más gravosa, un límite que la Corte, por desgracia, perfora con dudosas excepciones.

⁷ Libertad que se expresa en la acción, y para esto, como explica López de Oñate (o. cit., p. 48), “es necesario que cada uno sepa, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que equivaldría a conocer lo absoluto, sino cómo la acción será calificada y cómo la acción se insertará en la vida histórica de la sociedad”. Nótese que el autor dice *acción*, no ya la forma de ser, vivir o conducirse el justiciable.

⁸ Cf. Rodríguez Mourullo: o. cit., p. 888, y Sáinz Cantero: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (publicados 3 vols.), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985, pp. 82-83.

⁹ Parecidamente, Vassalli: o. cit., cf. p. 46. Por eso las constituciones políticas acostumbran a regular el principio de legalidad dentro de las garantías constitucionales, y en ocasiones le aparejaron la salvaguarda de la taxatividad. Cuando los textos omiten mencionar la última, la doctrina suele desprenderla interpretativamente del primero, como en Italia y Alemania, porque, en palabras de Baumann, “de no ser así, ese principio restaría falto de sentido”. Baumann, Weber y Mitsch: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Giesecking, 10.ª ed., 1995, p. 125.

Tales acápites marcan el contenido de la presente exposición. Con todo, la potencia expresiva que ellos encapsulan en los planos científico y político permitirá conferir a estas cuartillas, según suponemos, un alcance más ambicioso.

2 • La reserva de ley

A contrapelo del estatuto de la Corte Penal Internacional, que consagra derecha y decididamente la reserva de ley para los crímenes de su incumbencia y las penalidades respectivas,¹⁰ el de la Corte Interamericana de derechos humanos no estampa una regla semejante. Según el artículo 9.º de la Convención de 1969, “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivas según *el Derecho aplicable*”. La locución subrayada late, implícita, en el período sucesivo, sobre las penas, que reza: “tampoco se puede imponer pena más grave que *la aplicable* en el momento de la comisión del delito”. Cuál sea el derecho aplicable, si el nacional, sujeto en los países iberoamericanos a la garantía de *lex scripta* para los asuntos penales, o el internacional, donde la amplitud de las fuentes de producción y conocimiento jurídico abre la posibilidad de que costumbre, jurisprudencia o principios generales del derecho intervengan en la gestación de normas punitivas,¹¹ eso no lo dice el precepto. Por modo que de este cabe predicar lo mismo que se ha escrito de los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 7.º de la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con arreglo a cuyo tenor nadie puede ser condenado por actos que al momento de su ocurrencia no constitúan una infracción *según el derecho nacional o internacional*. O sea, que se trata de una regla que no

¹⁰ Artículos 22 y 23, donde por ley escrita hay que entender el propio Estatuto de Roma, por tanto, una norma perteneciente al derecho internacional convencional.

¹¹ Esta constatación era absolutamente válida en la época en que se aprobó la Convención. En verdad, hasta el Estatuto de Roma no tenía plena vigencia el principio de legalidad para los crímenes internacionales, algunos de los cuales tuvieron origen consuetudinario, como los de guerra, como registra Vassalli (o. cit., cf. p. 18). De que el problema no desapareció del todo tras el año 1998 es prueba el hecho de que, en el sentir de la jurisprudencia internacional penal y un sector importante de la doctrina especializada, una acción podría ser punible con arreglo a los principios no escritos del derecho consuetudinario. Cf. Ambos: *La parte general del derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005, p. 85).

coincide con el principio de legalidad, al menos en la medida en que el derecho aplicable fuera el de gentes.¹²

Afortunadamente, en sus fallos la Corte Interamericana maneja la dudosa expresión en el sentido de derecho interno y, en consecuencia, basa sus decisiones en la ley de los estados demandados de haber infringido esta básica garantía de los justiciables. Como *derecho aplicable*, pues, se yergue la legislación de cada país, no la internacional y tanto menos la costumbre. Esclarecedora en este sentido parece la sentencia del 25 de noviembre de 2005, que resuelve la excepción preliminar, el fondo y las costas del caso *García Asto y Ramírez Rojas contra el Perú*.¹³ Allí se lee que “corresponde al juez penal [del Estado], al aplicar la ley penal, atenerse estrictamente a lo dispuesto por esta, y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento [sic] de la conducta de la persona inculpada al tipo penal, de forma tal que no incurra en la penalización de actos no punibles en el ordenamiento jurídico”, premisa de la conclusión —cuya propiedad nos ocupará en su hora— de no existir en las disposiciones invocadas del país, todas ellas relativas a delitos de terrorismo, una violación “de lo dispuesto en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamentos 190 y 195, respectivamente). Cada uno de los fallos que consultamos razona en idénticos o semejantes términos. De hecho, aquellos en que se da acogida a reglas del derecho internacional penal atañen no a cuestiones de legalidad, sino a otras materias, señaladamente las causas de extinción de la responsabilidad criminal.¹⁴

Hay un problema, sin embargo, en el alcance que asigna el tribunal al término *ley*, encajado en el corazón del principio de reserva. Esta cuestión, que forma un capítulo clásico en la teoría de la ley punitiva,¹⁵ depende de las peculiaridades de cada derecho interno, aunque aun en los países que las admiten es dable constatar un generalizado rechazo a que el Poder Ejecutivo pueda alumbrar derecho penal a través de leyes delegadas y decretos leyes propiamente dichos.¹⁶ Siendo así, tanto más enérgica habrá de ser la

¹² Cf. Cerezo Mir: *Curso de derecho penal español. Parte general* (publicados 4 vols.), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.ª ed., 1996, p. 166.

¹³ Citamos esta y las demás sentencias de la Corte según la plataforma electrónica oficial del organismo, disponible en <<http://www.corteidh.or.cr>>.

¹⁴ Prescripción, amnistía e indulto en los crímenes internacionales. Paradigmática, la sentencia del 26 de diciembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, con profusa cita de fuentes supraestatales en sus fundamentos 96 a 122. El motivo 151, empero, embiste de lleno la legalidad penal. En efecto, calificado el crimen que segó la vida de Almonacid como uno contra la humanidad, se ordena allí, en franca contradicción con el derecho interno, que “el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio ne bis in idem, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad penal, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables”.

¹⁵ Véase, inter alia, Rodríguez Mourullo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977, pp. 63-67.

¹⁶ Cf., por todos, Alessandro Gamberini, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por Insolera, Mazzacupa, Pavarini y Zanotti, 2 vols., Turín: Giappichelli, t. I, 3ª ed., 2006, pp. 133-135.

repulsa que merecen los decretos leyes en sentido impropio, es decir, normas que, sobre materias propias de una ley, dicta el Poder Ejecutivo, o quien se lo arroga, usurpando las competencias constitucionales del Legislativo.¹⁷ En ellos, muy comunes durante la convulsionada historia política de los países hispanoamericanos en el siglo XX, pródigos en reglas penales —por demás muy severas, especialmente contra los disidentes del gobierno—, el vicio no es tanto de constitucionalidad, nota de la que están desprovistos sin remedio, porque la pregunta que hay que plantearse es si constituyen Derecho *tout court*. Nosotros pensamos que no, y que, por ende, ninguno de tales decretos debiera recibir aplicación por los tribunales, a los que se comete la tarea del *ius dicere*, no la de declarar como derecho actos puramente tiránicos de la voluntad del régimen de turno. Mas no ha sido este el criterio imperante en la generalidad de los estados que hubieron de sufrirlos, donde ni siquiera se ha debatido su insanable nulidad incluso después del retorno a la normalidad constitucional.

Entre otros ejemplos, hay que mencionar aquí el caso del Perú, cuyos tribunales los han aplicado sin parar mientes en cuestiones de validez, ni siquiera en si eran o no respetuosos de los derechos fundamentales.¹⁸ Tampoco la Corte Interamericana se aboca al real mérito de esa dupla de decretos leyes engendrados en el país tras la ruptura constitucional de abril de 2002, el número 25475, del 6 de mayo de 1992, sobre terrorismo, y el número 25659, del 13 de agosto de 1992, que “regula el delito de traición a la patria” —en verdad, una modalidad agravada de los de suyo espantables tipos y penas del terrorismo—. En el apartado siguiente diremos más de su draconiano contenido, que se empleó contra un considerable número de personas acusadas de pertenecer a las organizaciones subversivas Sendero Luminoso y Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, y de cómo la Corte los estimó parcialmente incompatibles con la exigencia de determinación de las leyes penales. De momento, interesa destacar que su jurisprudencia les reconoce validez como parte del *derecho aplicable* en el Perú.

Los pronunciamientos no pueden ser más uniformes e inequívocos. La sentencia de fondo en el caso *Cantoral Benavides*, del 18 de agosto de 2000, considera “claro que las normas sobre los delitos de terrorismo y traición a la patria” estaban “vigentes en el Estado a la época de los hechos de esta causa” (fundamento 157, último párrafo). Y si en otro fallo, del 30 de mayo de 1999, en el fondo, las reparaciones y costas del caso *Castillo Petruzzi y otros*, se declara, con sobrada razón, que las disposiciones de

¹⁷ Una adecuada caracterización conceptual de entrambas clases de decretos leyes, en Rivacoba y Rivacoba: *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968, pp. 124-125.

¹⁸ Hurtado Pozo: *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, Lima: Grijley, 3.ª ed., 2005, cf. pp. 154-156.

dichos decretos, cuyas reglas procesales “violan diversas disposiciones de la Convención Americana”, “aplicadas a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 [...], por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de Derecho interno”, en particular, “la supresión de normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención” (fundamentos 206 y 207), nada de todo ello implica un cuestionamiento de la entidad jurídica de la fuente de las violaciones. Muy por el contrario, para la Corte “está más allá de toda duda que el Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad” (fundamento 204). De suerte que la idea, que también se expresa allí, de que “no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos” deja intacta la cuestión de principio sobre la obligatoriedad jurídica de los decretos leyes.

En otras palabras, basta que el Estado, por las circunstancias que fueren y diga lo que quiera su Constitución, les reconozca alguna validez, para que la Corte se pliegue a semejante conclusión como un dato normativo relevante en las causas, dando por descontado que ese es el *derecho aplicable* para las materias penales de su jurisdicción. Así lo hizo la sentencia del Tribunal Constitucional peruano de 3 de enero de 2003, que declaró contrarios a la Constitución varios artículos del decreto ley 25659 y dos del decreto ley 25475 —por tanto, sin expelerlos por entero del ordenamiento jurídico del que nunca formaron parte—, y otro tanto se aprecia en el parecer de la Corte.¹⁹ A mayor abundamiento, en el caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, el decreto ley número 2191, de 18 de abril de 1978, con que la satrapía castrense de la época concedió una ominosa amnistía para librar de pena a los gravísimos crímenes cometidos por sus servidores en la persona de opositores políticos, no es objetado en términos de autoridad jurídica, sino a la luz de su contenido, incompatible con la Convención de 1969.²⁰

Si insatisfactoria parece esta constatación al contrastarla con un documento internacional cuyo preciso propósito es proteger los derechos fundamentales de los individuos ante la arbitrariedad estatal —dado que el reconocimiento como derecho de los actos de mera fuerza emanados de una voluntad unilateral hiere, sí, la legalidad penal,

¹⁹ La sentencia del Tribunal Constitucional de Lima es citada en todos los fallos donde se objetó la compatibilidad de tales decretos leyes con la Convención Americana; verbigracia, el caso *Lori Berenson Mejía contra Perú*, cuya sentencia de fondo, reparaciones y costas está fechada el 25 de noviembre de 2004 (fundamento 88, apartado 7).

²⁰ “Esta Corte, más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió el decreto ley número 2.191, atiende a su ratio legis: amnistiar los graves hechos delictivos contra el Derecho internacional cometidos por el régimen militar” (fundamento 120).

pero antes que eso descalabra la estructura y corroe la majestad del ordenamiento jurídico en su conjunto como medio de tutela de los justiciables—, no puede, en cambio, acusarse a la Corte de incurrir en un disparate cuando examina la garantía jurisdiccional, que en rigor pertenece al principio de legalidad de delitos y penas, en el marco de las prerrogativas judiciales contempladas por el artículo 8 de la Convención, ya que es el mismo texto de esta el que la disocia de aquel. Asaz interesante resulta en este aspecto, nuevamente, la sentencia del caso *Castillo Petruzzi y otros*. Como el decreto ley de agosto de 1992 quitó a los tribunales ordinarios de justicia la competencia para conocer de los casos de civiles acusados de cometer el delito de traición a la patria, prorrogándola a la judicatura militar sin las mínimas garantías del debido proceso —entre otras, el derecho de todo imputado a conocer la identidad de las personas que lo juzgan—, el Estado afectó el derecho al juez natural y, por tanto, violó el mencionado artículo de la Convención (fundamentos 128 a 134).

3 ● La taxatividad (o determinación) de las leyes punitivas

Como se sabe, la exigencia de taxatividad en los tipos delictivos y sus puniciones deriva del propio principio de legalidad, que impone al legislador la prohibición de dictar leyes penales de contenido indeterminado. Tal requerimiento, que “constituye un hilo conductor para la técnica legislativa”,²¹ queda conmovido cuando las descripciones legales incluyen términos de contenido vago, cláusulas generales o elementos normativos de contornos vaporosos, como también si los márgenes penales resultan muy dilatados entre sí, porque en ambos casos la autoridad legiferante abdica de su deber de dar concreción o materialidad al *nullum crimen, nulla poena sine lege* y confiere poderes excesivos al juez.

Pues bien, la predilección por los tipos abiertos y las penas indeterminadas —aunque siempre elevadísimas en su tramo máximo—,²² aunque no privativa de los regímenes autoritarios, es característica y diríamos que consustancial a ellos. Su respeto por la legalidad, interesado y quebradizo, se rompe en los delitos contra el Estado y los gobernantes, ora con esa denominación u otras que se escojan, como la de terrorismo, a

²¹ Maurach, Gössel y Zipf: *Tratado de derecho penal. Parte general* (traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), 2 vols., Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994, p. 158.

²² O bien absolutamente determinadas o fijas, como el presidio perpetuo o la capital.

los que se concibe con gran latitud y severidad, y para los cuales se establecen amenazas punitivas de desmedida extensión, con enorme distancia entre sus límites mínimo y máximo. Todo esto suele vaciarse en leyes especiales, que cometen el conocimiento de tales infracciones a jurisdicciones *ad hoc* y dentro de procedimientos de urgencia, en que la policía reina sin contrapeso durante la investigación, se quita a inculpados y acusados las garantías de la defensa, de ejercer recursos contra las resoluciones que los perjudican y de rebatir efectivamente las pruebas de cargo, y se los priva de los beneficios procesales y penitenciarios reconocidos a los demás ciudadanos.²³

La Corte ha tenido reiteradas ocasiones de pronunciarse sobre este espectro de atropellos al derecho y el proceso penales del Estado de derecho, con referencia a la persecución del terrorismo en el Perú tras la ruptura constitucional de 1992. Naturalmente, en estas líneas no nos es factible acometer el conjunto de prácticas penales y procesales usadas desde esa sazón y durante varios años, al amparo de los decretos leyes que nombramos en la sección precedente, donde los rasgos del derecho penal autoritario aparecen trazados a pedir de boca, cual auténtico paradigma de su ruindad. Hemos de ceñirnos a nuestro acotado objeto, procurando evidenciar la falta de uniformidad de la jurisprudencia de la Corte en la apreciación de las bondades del *derecho aplicable* entonces en el país según el principio de taxatividad.

Para ser exactos, el derrumbe del liberalismo penal en el asunto del terrorismo había comenzado antes de las disposiciones aprobadas aquel año. El Código Penal de 1991 dejaba mucho que desear en la compatibilidad de sus numerosos delitos de terrorismo con la máxima legalista.²⁴ La forma básica del maleficio, aquejada de incontenible casuismo, era un genuino tipo *de caucho*;²⁵ contruidos a partir de él, quedaban equiparados a

²³ Como la libertad durante el procedimiento, toda vez que para estos regímenes no rige verdaderamente el principio de inocencia y, por consiguiente, abusan hasta lo indecible de detención y prisión preventiva, que se cumplen en condiciones muy duras, incluso inhumanas. Sobre estos y otros rasgos del derecho penal autoritario, véase Rivacoba y Rivacoba: "Orden político y orden penal", en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: "Derecho penal y criminología"), mayo-agosto de 1995, pp. (201-212) 209-211.

²⁴ En su hora pusimos de manifiesto los gruesos deméritos del Código en este particular. Cf. Guzmán Dalbora: "El nuevo Código penal del Perú (1991)" en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.º 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. (631-731) 653-654.

²⁵ Artículo 319: "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o terror en la población o en un sector de ella, realizando actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la seguridad personal o la integridad física de las personas, o contra el patrimonio de estas, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando para tales efectos métodos violentos, armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad social o estatal, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de diez años".

su penalidad simples actos de participación, para colmo, sumamente inciertos (artículo 321); además, se punían meros actos preparatorios de los individuos agrupados para “instigar, planificar, propiciar, organizar, difundir o cometer actos de terrorismo”, con independencia de la pena que pudiese corresponderles por el hecho principal (artículo 322), recibían premio la delación y la soplonería (artículo 324), etcétera. La vigencia formal de dichos preceptos sería efímera. Derogados por el decreto ley 25475, el nuevo estatuto mantuvo, sin embargo, el atormentado esquema general que asumieron en el Código, solo que ampliando hasta el delirio la cabida de las pseudodescripciones, absolutamente inciertas, y exasperando las inmisericordes penas de la disciplina anterior.²⁶ Por su parte, el decreto ley 25659, complementario del otro, construyó una hipótesis agravada de terrorismo, que bautizó con el nombre de *traición a la patria*, en la cual cada una de las múltiples modalidades²⁷ recibía una misma e indivisible sanción: la privación perpetua de la libertad (artículo 3.º).

²⁶ Transcribimos a continuación, para comodidad del lector, los artículos del decreto ley que más solicitaron el interés de la Corte Interamericana. Estas disposiciones, así como las que se copia en la nota sucesiva, están recogidas de Villavicencio Terreros: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.

Artículo 2: “El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población o en un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personales o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de transporte de cualquier índole, torres de energía o transmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, materias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de veinte años”. La pena debía ser perpetua si el sujeto era dirigente de una organización terrorista, y no menor de treinta años de privación de la libertad para los simples miembros de esta (artículo 3.º). A su turno, el artículo 4.º castigó con veinte años de prisión al que “de manera voluntaria obtiene, recaba, reúne o facilita cualquier tipo de bienes o medios o realiza actos de colaboración de cualquier modo favoreciendo la comisión de delitos comprendidos en este decreto ley o la realización de los fines de un grupo terrorista”. Con términos así de inexpressivos, es de suponer que la interpretación auténtica contextual, desplegada en los seis acápite sucesivos, no conseguía en absoluto precisar qué debía entenderse por “actos de colaboración”. El artículo 5.º impuso la misma pena del terrorismo propiamente dicho (veinte años) a “los que forman parte de una organización terrorista, por el solo hecho de pertenecer a ella”, con la consiguiente posibilidad de acumularla a la primera. Y no mayor de doce ni menor de veinte años de privación de la libertad es el castigo anunciado a la incitación o instigación al terrorismo (artículo 6.º).

²⁷ Artículo 1: “Constituye delito de traición a la patria la comisión de los actos previstos en el artículo 2º del decreto ley número 25.475, cuando se emplean las modalidades siguientes: a) utilización de coches bomba o similares, artefactos explosivos, armas de guerra o similares, que causen la muerte de personas o lesionen su integridad física o su salud mental o dañen la propiedad pública o privada, o cuando de cualquier otra manera se pueda generar grave peligro para la población; b) almacenamiento o posesión ilegal de materiales explosivos, nitrato de amonio o los elementos que sirven para la elaboración de este producto o proporcionar voluntariamente insumos o elementos utilizables en la fabricación de explosivos, para su empleo en los actos previstos en el inciso anterior”. Artículo 2: “Incorre en delito de traición a la patria: a) el que pertenece al grupo dirigenal [sic] de una organización terrorista, sea en calidad de líder, cabecilla, jefe u otro equivalente; b) el que integra grupos armados, bandas, pelotones de aniquilamiento o similares de una organización terrorista, encargados de la eliminación física de personas; c) el que suministra, proporciona, divulga informaciones, datos, planes, proyectos y demás documentación o facilita el ingreso de terroristas en edificaciones y locales a su cargo o custodia, para favorecer el resultado dañoso previsto en los incisos a) y b) del artículo anterior”.

Numerosas personas sufrieron en carne propia los rigores de este borrascoso sistema. Prescindiendo de las que perecieron a consecuencia de tormentos o del *carcere duro*, se sabe de varias que continuaban en prisión cuando la Corte Interamericana conoció de sus situaciones, por cuanto la declaración interna de inconstitucionalidad de los procesos no fue obstáculo para volver a juzgarlas, una vez restablecida la legitimidad constitucional, en 2000, bajo la acusación de terrorismo.²⁸

Los primeros fallos son promisorios para el imperio de la determinación de la ley penal. El de 30 de mayo de 1999, dictado en el caso *Castillo Petruzzi y otros*, denuncia la similitud de los tipos de terrorismo y traición a la patria, ya que se refieren a conductas no delimitadas con rigor, “por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del ministerio público y de los jueces respectivos [...] y de la propia policía”²⁹ (fundamento 119, con cita del fallo de 17 de septiembre de 1997 en el caso *Loayza Tamayo*). Yendo más allá, la Corte “entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal”;³⁰ y, puesto que los usados en la especie “no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorios del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Americana” (fundamento 121). La lapidaria condena al Estado que parió tamañas disposiciones se repite en la resolución del 18 de agosto de 2000 (caso *Cantoral Benavides*). El tribunal reitera sus conceptos sobre la porosidad y yuxtaposición de las figuras de terrorismo y traición a la patria, con expresa mención de las medulares,³¹ a las que acusa de utilizar “expresiones de alcance indeterminado en relación con las

²⁸ Como en el caso *Urcesino Ramírez Rojas*, un economista condenado en 1994. Declarada la nulidad de su juicio en 2003, se le reabrió proceso por los mismos hechos. A la fecha del fallo de la Corte Interamericana, el 25 de noviembre de 2005, permanecía ininterrumpidamente privado de su libertad desde junio de 1991, o sea, por espacio de ¡catorce años!

Sucede que, tras la declaración, en 3 de enero de 2003, de la parcial inconstitucionalidad de los decretos leyes tantas veces citados, el gobierno del Perú emitió el decreto legislativo n.º 926, que reguló la anulación de los juicios y sentencias por los delitos de terrorismo seguidos en la década de los noventa ante jueces y fiscales con identidad secreta, anulación que, empero, como se dispuso allí, “no tendrá como efecto la libertad de los imputados, ni la suspensión de las requisitorias existentes”, de modo que estos serían conducidos, presos, para un nuevo juicio ante la verdadera judicatura.

²⁹ O sea, la Dirección Nacional contra el Terrorismo (DINCOTE), órgano encargado de efectuar la calificación jurídica del delito —si terrorismo o traición a la patria— y que solía remitir los expedientes a la judicatura militar, competente para el conocimiento de esta última.

³⁰ “Este implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad...”

³¹ Es decir, los artículos 2.º del decreto ley 25475, y 1.º y 2.º del decreto ley 25659, que hemos reproducido supra, notas 26 y 27.

conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social” (fundamento 155), razón por la cual las reputa reñidas con las exigencias legalistas garantidas por la Convención.

Pero dos golondrinas no hacen verano. Resoluciones posteriores, emitidas en el nuevo siglo, desmadejan el vigor de este entendimiento y suponen un cambio de rumbo en la jurisprudencia de la Corte. Particularmente lamentable resulta la del 25 de noviembre de 2004, en el doloroso caso de la periodista *Lori Berenson Mejía*, a quien el Estado condenó como responsable de colaboración con el terrorismo. Atendido que, “conforme a la legislación peruana, la colaboración no constituye una forma de participación en el terrorismo, sino un delito autónomo en que incurre quien realiza determinados actos para favorecer actividades terroristas” (fundamento 127), la Corte concluye que no estaría en pugna con el principio de legalidad. Tal apreciación, vertida a propósito del artículo 4.º del decreto ley 25475,³² a renglón seguido de rimbombantes declaraciones sobre la taxatividad de las leyes punitivas,³³ reaparece en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, no obstante que, si todas las figuras peruanas de terrorismo estaban lastradas de una irremediable y deliberada imprecisión, ninguna supera en vaguedad a esos actos de complicidad convertidos en sedicente tipo autónomo merced a un artificio malévolo del pretenso legislador.³⁴

Mas la sentencia de 25 de noviembre de 2005 se impulsa todavía más lejos: no solo considera respetuoso del principio en palabra aquel pergeño, sino que bendice también la pertenencia a organizaciones terroristas, en el artículo 5.º del decreto ley 25475, y las figuras de terrorismo previstas por el Código de 1991!, que en realidad constituían una mácula vergonzante en su articulado.³⁵ Una vez extraviada la recta comprensión del principio de taxatividad, la Corte tenía que incurrir en otros dislates de técnica jurídica con su visión de los actos de complicidad. En el caso de *María Teresa de la Cruz Flores*, médica cirujana condenada en 1996 por su pertenencia a una organización subversiva, pero en virtud del artículo 4.º de aquel decreto ley, la sentencia del 18 de noviembre de

³² Su contenido, supra, nota 26.

³³ Fundamentos 117-125, los que, en el fondo, no pasan de ser meros saludos ceremoniales.

³⁴ Véase lo que escribe al respecto Hurtado Pozo (o. cit., pp. 166 y 168). Bien lo percibió la jueza Cecilia Medina Quiroga en sus votos disidentes. Como la hipótesis principal de terrorismo, en el artículo 2.º del decreto ley 25.475, “no permite deslindar las conductas que describe de otros delitos que tienen un reproche penal menor”, esa indeterminación “afecta también a los artículos 4 y 5”. Para ella, los tres incumplen parejamente el principio de legalidad de los delitos.

³⁵ Recuérdese lo que apuntamos supra, texto y notas 24 y 25.

2004 registra el craso error de los jueces peruanos, que violaron el principio de legalidad al “tomar en cuenta, como elementos generadores de responsabilidad penal, la pertenencia a una organización terrorista y el incumplimiento de la obligación de denunciar, y, sin embargo, solo aplicar un artículo que no tipifica dichas conductas”. Pero el mismo fundamento (102) del fallo da por buena la congruencia del artículo de marras con el mandato de taxatividad,³⁶ y por eso le reprocha “penalizar el acto médico, que no solo es un acto esencialmente lícito, sino que es un deber de un médico prestarlo”.³⁷ En este punto no solo salen desdibujadas las exigencias de determinación, sino que se desperfila, además, el confín entre atipicidad y causas de justificación.³⁸ En idéntica confusión se enredó la sentencia del 2 de mayo de 2008 para el caso *Kimel contra Argentina*.³⁹

Es de celebrar que el liberalismo penal vuelva por sus fueros y resplandezca en todas sus dimensiones, no solo la determinación de los tipos, en una importantísima sentencia de la Corte en punto a un delito común, se diría que como demostración de que la esfera de los delitos políticos —y, según veremos, también los crímenes internacionales— obnubila el juicio de los magistrados, endurece sus entendimientos y los incapacita para acertar en los problemas jurídicos de calado. Su éxito fue mayúsculo en el caso de *Fermín Ramírez contra Guatemala*, decidido el 20 de junio de 2005. Atendido

³⁶ Pese a los persistentes alegatos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que tanto en este como en otros procesos que afectaban al Perú hizo gala de una mejor inteligencia del principio de legalidad y, por ende, estimó viciados todos los preceptos de los decretos leyes que venimos glosando. Los argumentos de la Comisión en el presente caso, reproducidos por el fallo (fundamento 74), insisten en que “el principio de legalidad tiene un desarrollo específico en la tipicidad, la cual garantiza, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca cuáles comportamientos son sancionados y, por otro, protege la seguridad jurídica”, así como en que la sentencia del Tribunal Constitucional del Perú (cf. supra, nota 28) “no soluciona las graves deficiencias e imperfecciones que posee el tipo penal del terrorismo desde su creación” (destacado nuestro).

³⁷ La mujer, en efecto, habría atendido profesionalmente a miembros de un grupo combatiente.

³⁸ El ejercicio legítimo de un oficio, médico u otros, está previsto en el catálogo de eximentes del Código Penal peruano (artículo 20.8).

³⁹ Eduardo Gabriel Kimel, historiador trasandino, fue condenado en 1999 como autor del delito de calumnia contra el juez federal que conoció de la *Masacre de San Patricio*, a saber, el asesinato de cinco religiosos ocurrido el 4 de julio de 1976, en plena dictadura militar. Tanto la Corte Interamericana como el Estado, en su leal reconocimiento de responsabilidades, convinieron en que la condena de Kimel, propiciada por la “falta de precisiones suficientes en el marco de la normativa penal que sanciona las calumnias y las injurias” (fundamento 65), violó la libertad de expresión. Prohijando esta manera de ver, la Corte declaró que los tipos respectivos infringían la garantía de taxatividad, porque, en su amplitud, permitirían amadrugar actos lícitos como los que consisten en el ejercicio de aquella libertad, y ordenó al Estado corregirlos (fundamentos 67 y 128). La doctrina del país se ha ocupado profusamente del conflicto entre la tutela del honor y la salvaguarda de la libertad de expresión; pero, que sepamos, no considera que las injurias y calumnias del Código de 1921 sean tipos abiertos, aunque falte en este —hay que reconocerlo— una regulación más minuciosa de los intereses legítimos, en cuya consecución las expresiones vertidas han de considerarse justificadas. Cf. Donna: *Derecho penal. Parte especial*, 4 vols., Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.ª ed. actualizada, 2003, pp. 417-435, 446-461.

que sobresale como señera excepción de una línea zigzagante de resoluciones en el tema, consideramos indicado dar breve notación de él.

Ramírez fue detenido el 10 de mayo de 1997 por la muerte violenta de una niña de doce años de edad. El ministerio público lo acusó de violación calificada, delito previsto en el artículo 175 del Código guatemalteco, que impone la pena de prisión de treinta a cincuenta años si, con motivo o a consecuencia de la violación, resultare la muerte de la persona ofendida (como a todas luces sucedió en los hechos de aquel día). Sin embargo, el tribunal, en flagrante agravio del principio de correlación entre acusación y sentencia, condenó al reo a muerte, como autor de asesinato, al tenor del segundo inciso del artículo 132, según el cual la pena ordinaria de este homicidio calificado, que va de veinticinco a cincuenta años de prisión, debe ser substituida por la capital “si por las circunstancias del hecho y de la ocasión, la manera de realizarlo y los móviles determinantes, se revelare una mayor peligrosidad del agente”. Los denodados esfuerzos de la defensa de Ramírez por revertir jurídicamente la condena resultaron infructuosos, fuera en la corte de apelaciones, fuera durante el procedimiento de casación, ante el máximo tribunal, fuera, en fin, porque la gracia del indulto que se pidió en su favor fue denegada por el presidente de la República.⁴⁰ Solo las medidas preventivas dispuestas por la Corte Interamericana permitieron suspender la ejecución, esa terrible amenaza que el infeliz sujeto arrojó durante varios años.

Pues bien, la sentencia de junio de 2005 no se contenta con declarar la trasgresión del Estado a las reglas del debido proceso. Además, haciéndose cargo del alegato de los representantes de la víctima y con una fina percepción del trasfondo político-jurídico del asunto, desarrolla un impecable razonamiento, cuyos momentos neurálgicos conviene reproducir para el lector. La categoría de la peligrosidad —así debuta el fallo— “constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido, es decir, sustituye el Derecho penal de acto o de hecho, propio del sistema penal de una sociedad democrática, por el Derecho penal de autor, que abre la puerta al autoritarismo”. Prosigue la Corte: “La valoración de la peligrosidad del agente implica la apreciación del juzgador de las probabilidades de que el imputado cometa hechos delictuosos en el futuro, es decir, agrega a la imputación de los hechos realizados, la previsión de hechos futuros que probablemente ocurrirán [...] En fin de cuentas, se sanciona al individuo [...] no

⁴⁰ Por increíble que pueda sonar, el acuerdo gubernativo del 31 de mayo de 2000 invoca, entre los fundamentos de la negativa, ¡nada menos que la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos!

con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que [él] es”. Tras asentar este juicio, digno de elogio por su exactitud, la sentencia considera evidentes las deplorables implicaciones que acarrea la supervivencia penal de la peligrosidad, “absolutamente inaceptable desde la perspectiva de los derechos humanos”, y concluye que su previsión en un texto punitivo “es incompatible con el principio de legalidad criminal y, por ende, contraria a la Convención” (fundamentos 94-96).

Pensamos que la orden impartida a Guatemala de suprimir la referencia a la peligrosidad en el tipo del asesinato posee un interés y una proyección mayores para los países del continente que aún asocian consecuencias penales o procesales a la trasnochada noción; por ejemplo, sirviéndose de ella en el papel de factor que debe ponderar el juez en la conmensuración de la pena⁴¹ o metiéndola de contrabando entre los casos que habilitan la imposición de la prisión preventiva.⁴² Como manifestó el juez García Ramírez al razonar su voto, “lo que se necesita es suprimir enteramente la referencia a la peligrosidad”. En otras palabras, hay que eliminar hasta su último vestigio de la entera legislación punitiva, por la cuña que ella encaja en el mandato de legalidad, la estructura del Estado de derecho y la orientación liberal que distingue o debiera signar a su segmento penal.⁴³ Tres veces salúfero sería que los estados americanos se tomaran en serio lo decidido en el caso guatemalteco.

4 • La irretroactividad de la ley más gravosa y sus excepciones en la jurisprudencia de la Corte

La recomendación que acabamos de formular no podemos renovarla, desafortunadamente, llegando al criterio de la Corte sobre la irretroactividad de la ley más gravosa. En esta flexión del principio de legalidad su jurisprudencia vuelve a mostrar poca firmeza y, ahora, la propensión a dejarse seducir por los apremios extremadamente

⁴¹ Como el artículo 41, 2, del Código Penal argentino, acerca del cual es de interés consultar Rivacoba y Rivacoba: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal*. 75.º Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.

⁴² Operación paladina en la suposición de ser la libertad del encartado “peligrosa para la seguridad de la sociedad”, que consulta el artículo 140 del Código Procesal Penal de Chile. Sobre su esencial ilicitud, véase Guzmán Dalbora: *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo y Buenos Aires, B. de F., 2009, pp. 382-384.

⁴³ Sin nombrar lo inconciliable de la peligrosidad con la dignidad humana. Cf. *ibidem*, pp. 91-92.

represivos, amén de conculcadores de máximas elementales de nuestra disciplina, que suscita la ocurrencia de crímenes internacionales.

El terrorismo no se cuenta en el número de estos. Acaso por ello la Corte consigue a su respecto resultados satisfactorios —descontando las cuestiones de taxatividad—. El fallo *De la Cruz Flores contra el Perú* reza que “en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva exista y resulte conocida, o pueda serlo antes de que ocurra la *acción u omisión* que la contravienen o se pretende sancionar”,⁴⁴ y que, “de conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado no debe ejercer su poder punitivo aplicando de modo retroactivo leyes penales que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito”.⁴⁵ Teniendo presente que los hechos atribuidos a la médica cirujana acaecieron antes de la dación del decreto ley por el que se la juzgó, resulta que el Estado violó en perjuicio de ella la garantía de que “tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito” o, lo que es igual, “el principio de no retroactividad consagrado en el artículo 9 de la Convención” (fundamento 109). La declaración pertinente de la sentencia del 25 de noviembre de 2005 en el caso *García Asto y Ramírez Rojas*, más parca de palabras en su raciocinio, indica lo mismo, con la única diferencia de que el Estado peruano aplicó retroactivamente nada menos que su Código Penal a actos realizados un quadrienio antes de 1991 (fundamentos 207 y 208).

El asunto cobra una coloración muy distinta cuando la Corte es solicitada por facetas más complejas de la irretroactividad. De hecho, en la sentencia de 26 de noviembre de 2008, relativa a la desaparición forzada de María Tiu Tojín y su hija de un mes de edad a manos de militares guatemaltecos y miembros de las Patrullas de Autodefensa Civil, hecho sucedido el 29 de agosto de 1990 y al que hizo escolta una premiosa e infértil investigación por plagio o secuestro en la judicatura de guerra, la Corte cambió abruptamente de punto de vista. Nadie ignora que la cuestión del tiempo en que el delito se estima cometido es de las más batallonas de la teoría de la ley penal, y todavía más espinoso se presenta el problema de la ley aplicable a los delitos permanentes, como el secuestro y esa variedad supranacional que recibe el inelegante nombre de *desaparición forzada de personas*. Pues bien, en esta disyuntiva la Corte adoptó la solución más

⁴⁴ Cursivas nuestras. Enseguida se dirá de los efectos que acarrearía para otro caso esta simpatía por la manifestación de voluntad en el espinoso problema del tiempo de comisión del delito.

⁴⁵ “Asimismo —termina el fundamento 105—, este principio implica que una persona no pueda ser penada por un hecho que no era delito o no era punible o perseguible cuando fue cometido”.

severa para el reo, por no decir rayana en franca ilegalidad,⁴⁶ o sea, aquella que postula el dominio de una ley nueva, por más que esta exaspere las penas del ordenamiento vigente cuando comenzó el período consumativo, si el resultado se prolonga bajo la férula de la innovación.

“Desde su primera sentencia en el caso Velásquez Rodríguez —recuerda el fallo de 2008, fundamento 52—, la Corte ha reiterado que la desaparición forzada de personas constituye un hecho ilícito de naturaleza continua o permanente y de carácter pluriofensivo, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida de la persona detenida”. Líneas más adelante, después de poner de relieve la inoperancia de la judicatura militar del Estado, que no llegó siquiera a dictar el auto de apertura del juicio, y prestar atento oído al alegato de la Comisión, para la cual la irretroactividad de la ley más severa “constituye un obstáculo a la obtención de justicia en casos como el que nos ocupa”, justicia que sí puede ministrarle la introducción, en mayo de 1996, del delito de desaparición forzada de personas al Código Penal del país,⁴⁷ nuestro tribunal *de derechos humanos* se inclina por considerar aplicable este último, no el de secuestro, atendido el mantenimiento “de la conducta delictiva [...], ya que el destino de María y Josefa Tiu Tojín sigue siendo desconocido” (fundamentos 87 y 88).

¡Curiosa interpretación de la cláusula *momento de la comisión del delito*! Y es que a los argumentos aducidos por los penalistas en pro de la vigencia de la ley más favorable entre cuantas existieron entre el inicio y la conclusión de un delito permanente, tenemos que sumar la monumental gravedad de la opinión contraria cuando lo que se pretende es reducir los hechos a una previsión legal como la que priorizó la Corte. No se trata solo de que el delito permanente es, “en pura doctrina jurídica, un *delito único*”,⁴⁸ ni de que admitir el pensamiento que lo subyuga a modificaciones legislativas *in peius* “deja en manos del legislador una ilimitada libertad para modificar a su arbitrio las condiciones de su represión”.⁴⁹ La desaparición forzada de personas, tal como está concebida en el derecho

⁴⁶ Reserva hecha de los códigos que, haciendo salvedad a sus propios principios, la contemplan expresamente, como el alemán, en su § 2.2, según el cual “si la sanción penal cambia durante la comisión del hecho, se debe aplicar la ley que rige en el momento de su conclusión”. Esta es, asimismo, la opinión dominante de antiguo entre los criminalistas germánicos. Véase, por todos, Jescheck y Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlín: Dunker & Humblot, 1996, pp. 138-139.

⁴⁷ Artículo 201 *ter*. Pena de veinticinco a cuarenta años de prisión, o la muerte, cuando con motivo u ocasión de la desaparición forzada la víctima resultare con lesiones graves, trastorno psíquico permanente o falleciere.

⁴⁸ Jiménez de Asúa: o. cit., p. 641.

⁴⁹ Hurtado Pozo: o. cit., p. 310.

internacional y redactada en el Código de Guatemala,⁵⁰ traiciona un *delito de sospecha* o, dicho de un modo tan preciso como elocuente, una *sospecha de asesinato*. ¡Menuda tarea la de explicar después que la irrogación de sus penas a un piélagos de facinerosos, por intolerables que fuesen las fechorías, reverencia las expectativas de legalidad, como también las de causalidad y culpabilidad! Pero así marchan las cosas en la jurisprudencia de este tribunal.⁵¹

5 • Conclusiones

Al cabo de esta exposición, que no por crítica ha querido abandonar el plano de la imparcialidad, creemos que el juicio sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de legalidad penal tampoco puede ser lisonjero.

En efecto, vemos corroborado cómo el tribunal, en su inteligencia del concepto de *derecho aplicable*, si lo circunscribe correctamente a la ley de los estados, no parece, empero, ver mayores reparos en incluir en la última disposiciones legiferantes maculadas de insuperable nulidad, cuya entrada en los ordenamientos estatales se debe a regímenes poco respetuosos del sistema de garantías de los justiciables. Que la Corte limite sus apreciaciones al contenido de esos documentos, sin expresarse terminantemente en contra de su dignidad jurídica, puede deberse al recato de inmiscuirse en los asuntos internos de cada país, y acaso a un entendimiento apenas literal de su competencia con arreglo a la Convención de 1969. Con todo, es evidente que semejante pudor no se erige ni por asomo en bastión de los derechos de las personas allí donde estos lo precisan con mayor urgencia, o sea, ante el poder desbocado y sus afanes de revestir con una apariencia de juridicidad reglas que yacen en las simas insondables de lo arbitrario.

⁵⁰ Según el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, de 1994, se considera tal “la privación de la libertad de una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. A su vez, el artículo 201 *ter* del Código guatemalteco reza, en lo pertinente: “Comete el delito de desaparición forzada de personas quien, por orden, con la autorización o apoyo de autoridades del Estado, privare en cualquier forma de la libertad a una o más personas, por motivos políticos, ocultando su paradero, negándose a revelar su destino o reconocer su detención...”.

⁵¹ La sentencia del caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* prohibió al Estado invocar, entre otras garantías, la irretroactividad de la ley penal, como consignamos supra, nota 14.

Al comedimiento político de la Corte se alían serias deficiencias de técnica jurídica. El manejo del principio de taxatividad se pierde en un juego basculante que así atina como incurre en yerros macroscópicos, malogrando las exigencias concretas de la determinación de la ley penal dentro de sistemas que amadrigan el pecado de lo impreciso como nota de algunos grupos de delitos, en especial aquellos de significación política o trascendencia supraestatal. La pujanza represiva que alienta la óptica dominante con que se examinan los crímenes internacionales arrastra a la Corte a interpretaciones adustas, henchidas de carga emocional, y a descartar sin remilgos ni un análisis pormenorizado las posturas científicas opuestas a aquel designio, pero descalificadas como contrarias a la defensa de los derechos fundamentales. Como efecto del conjunto, sale mal parado el liberalismo que inspiró el nacimiento y la arboladura conceptual de esos mismos derechos, no menos que su ulterior protección por las leyes punitivas.

Haría bien la jurisprudencia internacional penal en prescindir de las orientaciones de la Corte, supuesto que en su autorización para recurrir a ellas la guíe el objetivo de fijar los elementos de los crímenes de su incumbencia honrando la legalidad, ese paladín en general maltratado por los órganos de salvaguarda de los derechos humanos. También los tribunales nacionales del continente americano han de ir en esto con pies de plomo. Solo una cuidadosa criba, que rescate de un bosque de equivocaciones los contados casos en que la Corte, aleccionada por la asesoría de los especialistas, logra resultados aceptables para el primero de los principios cardinales del Derecho penal, puede contribuir al perfeccionamiento de nuestra disciplina en el contexto de países muy requeridos de mejora en el atribulado momento actual.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *La Parte general del Derecho penal internacional. Bases para una elaboración dogmática* (traducción de Ezequiel Malarino), Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2005.
- BAUMANN, Jürgen, Ulrich WEBER y Wolfgang MITSCH: *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld: Giesecking, 10.^a ed., 1995.
- CADOPPI, Alberto: *Il valore del precedente nel diritto penale. Uno studio sobre la dimensione in action della legalità*, Turín: Giappichelli, 2007.
- DONNA, Edgardo Alberto: *Derecho penal. Parte especial* (4 vols.), Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, t. I, 2.^a ed., actualizada, 2003.
- CEREZO MIR, José: *Curso de Derecho penal español. Parte general* (4 vols. publicados), Madrid: Tecnos, t. I (“Introducción”), 5.^a ed., 1996.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Introducción al Derecho penal*, Madrid: Ramón Areces, 3.^a ed., 2005.
- GAMBERINI, Alessandro, en *Introduzione al sistema penale*, obra colectiva coordinada por INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI y ZANOTTI (2 vols.), Turín: Giappichelli, t. I, 3.^a ed., 2006.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: “El nuevo Código Penal del Perú (1991)”, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, año 14, n.ºs 55-56, junio-diciembre de 1991, pp. 631-731.
- *La pena y la extinción de la responsabilidad penal. Primera parte*, Montevideo-Buenos Aires: B. de F., 2009.
- HURTADO POZO, José: *Manual de Derecho penal. Parte general* (I), Lima: Grijley, 3.^a ed., 2005.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, y Thomas WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín: Dunker & Humblot, 5.^a ed., 1996.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de Derecho penal* (7 vols. publicados), Buenos Aires: Losada, 2.^a ed., t. II, 1950.
- LÓPEZ DE OÑATE, Flavio: *La certezza del diritto* (nueva edición revisada al cuidado de Guido Astuti), Milán: Giuffrè, 1968.
- MAURACH, Reinhart, Karl Heinz GÖSSEL y Heinz ZIPF: *Tratado de Derecho penal. Parte general* (2 vols., traducción de Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires: Astrea, t. I, 1994.

- RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel de: “Culpabilidad y penalidad en el Código Penal argentino”, en *Teorías actuales en el derecho penal. 75.º Aniversario del Código Penal*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 291-309.
- *División y fuentes del derecho positivo*, Valparaíso: Edeval, 1968.
- “Introducción al estudio de los principios cardinales del Derecho penal”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2.ª época, n.º 4, julio de 1999, pp. 735-741.
- “Orden político y orden penal”, en *Revista Chilena de Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, vol. 22, n.º 2 (monográfico: *Derecho penal y criminología*), mayo-agosto de 1995, pp. 201-212.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo: *Derecho penal. Parte general*, Madrid: Cívitas, 1977.
- “Legalidad (Principio de) (Derecho penal)”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. XIV, Barcelona, 1971, pp. 882-893.
- SÁINZ CANTERO, José: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (3 vols. publicados), Barcelona: Bosch, 2.ª ed., t. II, 1985.
- VASSALLI, Giuliano: *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, extracto del *Digesto*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese, vol. VIII (penale), 4.ª ed., 1994.
- VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: *Código Penal comentado*, Lima: Grijley, 2002, pp. 603-614.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (en colaboración con Alejandro ALAGIA y Alejandro SLOKAR): *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Ediar, 2.ª ed., 2002.

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

Juan Luis Modolell González

RESUMEN. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se refiere a las fuentes aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los estados partes. Igualmente, dicha jurisprudencia recalca la obligación del Estado parte del sistema interamericano de protección de derechos humanos, de tipificar este delito en su derecho interno conforme a estándares internacionales. Además, la Corte califica la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad.

ABSTRACT. The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights refers to the sources of law which are applicable in establishing the international liability of a State in cases of the enforced disappearance of persons: this is important for defining the offence in the domestic law of the states parties. This jurisprudence also underlines the obligation of the states parties to the Inter-American system for the protection of human rights to define this offence in their domestic legislation according to certain international standards. Furthermore, the Court describes the enforced disappearance of persons as a crime against humanity.

* En este breve escrito se abordan, desde el punto de vista del derecho penal y del derecho penal internacional, los aspectos más relevantes desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el crimen de desaparición forzada de personas. Igualmente, se hace alusión a algunos criterios que sobre este crimen ha sostenido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en las denuncias formuladas ante la Corte IDH durante los últimos cinco años.

1 ● Aspectos generales

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en materia de desaparición forzada de personas se refiere a ciertos puntos de carácter general a los cuales aludiré brevemente antes de pasar al análisis de los elementos constitutivos de este delito. Así, la Corte IDH aborda lo relativo a las fuentes aplicables para determinar la responsabilidad internacional del Estado en el caso de desaparición forzada de personas, cuestión importante para la tipificación del delito en la legislación interna de los estados parte. Igualmente, la jurisprudencia recalca la obligación, para el estado parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, de tipificar este delito en su derecho interno conforme a unos estándares internacionales. Por último, como otro punto general digno de ser analizado, la Corte IDH califica la desaparición forzada como un delito de lesa humanidad.

A. En cuanto a los dos primeros aspectos, la jurisprudencia de la Corte considera que para determinar la responsabilidad del Estado en materia de desaparición forzada de personas no basta recurrir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sino también, y especialmente, a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP).¹

La consecuencia fundamental de acudir a esta fuente es la obligación que tienen los estados parte de tipificar internamente el referido crimen con base en el artículo II de la CIDFP.² En tal sentido, dispone el referido artículo:

Para los efectos de la presente Convención, se considera desaparición forzada la privación de libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes.

¹ Así, por todas, caso *Gómez Palomino contra Perú* (22 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas), § 94. La convención especial aludida fue aprobada durante el 24.º período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en Belém do Pará, el 9 de junio de 1994.

² Caso *Gómez Palomino contra Perú*, cit., § 96. Igualmente, sobre la necesidad de adoptar los parámetros de tipificación de la referida convención, véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por todas, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Heliodoro Portugal contra la República de Panamá*, 23 de enero de 2007, § 217 ss.; demanda en el caso de *Kenneth Ney Anzualdo Castro contra la República del Perú*, 11 de julio de 2008, § 196 ss.; demanda en el caso de *Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos*, 15 de marzo de 2008, § 138 ss.

Lo anterior conduce a preguntar cómo debería ser la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en los países que han aprobado, además de la CIDFP, el Estatuto de Roma (ECPI) de la Corte Penal Internacional (CPI), especialmente porque este último instrumento define de forma distinta el delito de desaparición forzada de personas. Así, establece su artículo 7.2.i:

Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

Entre ambas disposiciones existen claras diferencias. Así, según la norma de la CIDFP el autor solo puede ser un agente del Estado o una persona que obre con la autorización, apoyo o aquiescencia de este. Por su parte, la definición del ECPI contempla, como autores del delito, al Estado u “organización política”; por lo tanto, parece prever la posibilidad de que miembros de una organización subversiva enfrentada al Estado pudieran cometer este hecho punible.

Igualmente, la definición de la CIDFP implica que no se dé información del paradero de la persona, lo cual se entiende en sí mismo como un impedimento del “ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Por lo tanto, la conducta de dejar a una persona por breve tiempo al margen del amparo de la ley, porque no se da información sobre su paradero, podría ser calificada como desaparición forzada de personas. Por su parte, la definición del ECPI prevé la circunstancia de dejar al margen de la ley al detenido como un elemento subjetivo del injusto, es decir, como un fin perseguido por el autor del delito que, sin embargo, no es necesario lograr. En consecuencia, si la intención de los autores de la detención ilegal es hacer aparecer al detenido algunas horas o días después, no podría hablarse de desaparición forzada de personas al faltar el fin de sacar del amparo de la ley a la víctima por un período prolongado. Literalmente interpretada, la tipificación de la Convención no implica la permanencia de la conducta, ni siquiera como intención ulterior perseguida por el autor. En cambio, el Estatuto, si bien no requiere que dicha permanencia se realice realmente, sí exige que el autor la persiga. Volveré sobre este aspecto.

La jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, después de la entrada en vigencia de la CIDFP, ha sostenido la necesidad de que este crimen se tipifique como delito

autónomo. Así, expresa la Corte que para el castigo de esta conducta no basta recurrir a delitos como el secuestro, la tortura o el homicidio, ya que la desaparición forzada de personas constituye “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no solo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”.³ Este mandato de criminalización se concreta, como veremos, en la elaboración de unos estándares mínimos que deben ser cumplidos por el Estado parte al momento de tipificar el delito de desaparición forzada de personas.⁴

Lo anterior lleva a considerar si la Corte IDH está facultada para imponerles a los estados la obligación de tipificar el referido delito. El artículo XIII de la CIDFP faculta a la Corte IDH a conocer de casos de desaparición forzada y, por lo tanto, a aplicar la referida Convención.⁵ Igualmente, la Corte puede entrar a conocer si el déficit de punibilidad de la práctica de desaparición forzada de personas que exista en un país constituye una violación a derechos consagrados en el Pacto de San José o una infracción a la propia Convención especial.

Ahora bien, la Corte IDH ha hecho mucho más que eso, hasta el punto de exigir una forma de tipificación concreta. Si bien un órgano supranacional, especialmente si tiene como función proteger los derechos humanos, puede realizar mandatos de incriminación a los estados parte de una Convención o, en nuestro caso, del sistema interamericano de derechos humanos, considero que la forma de tipificación no debe ser obligatoria. Incluso, estrictamente hablando, es muy discutible que un estado parte deba tener

³ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 92.

⁴ Véase, por todos, caso *Goiburú y otros contra Paraguay* (22 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas), § 92. En esta sentencia expresa la CIDH: “El Derecho internacional establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar, en el entendido de que la persecución penal es una vía fundamental para prevenir futuras violaciones de derechos humanos. Es decir, que los Estados pueden adoptar una mayor severidad en el tipo específico para efectos de una mejor persecución penal de esos delitos, en función de lo que consideren una mayor o mejor tutela de los bienes jurídicos protegidos, a condición de que al hacerlo no vulneren esas otras normas a las que están obligados. Además, la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar” (ídem, § 92). Incluso en este caso, la Corte atribuye carácter de *ius cogens* a la prohibición de desaparición forzada de personas, así como el deber de investigar y sancionar a sus responsables (ídem, § 84, también § 93; en igual sentido, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso *Julia Gomes Lund y otros —Guerrilha do Araguaia— contra la República Federativa del Brasil*, 26 de marzo de 2009, § 185 ss.).

⁵ Véase al respecto Medina Quiroga: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago de Chile: Universidad de Chile, 2003, p. 127.

un delito denominado *desaparición forzada de personas* para castigar esta práctica, sin que pueda recurrir al concurso real de delitos (verbigracia, homicidio y privación ilegítima de libertad) para sancionar esos casos. La falta de punibilidad debería determinarse más por la ausencia de voluntad política en la persecución de dicho crimen que por la ausencia de la tipificación misma.⁶

En la jurisprudencia de la Corte se nota un afán de controlar hasta el último detalle la forma de tipificación del delito de desaparición forzada de personas por el estado parte. La Corte debería limitarse a establecer unos criterios generales que evitaran la impunidad, sin dictar lineamientos concretos en cuanto a los requisitos típicos del delito. Por ejemplo, indicarles a los estados parte cómo debe entenderse el carácter ilegal de la detención parece una exageración, y además la Corte IDH lo hace de forma errada, complicando la interpretación del tipo. Igualmente, la laxitud con que la Corte parece entender este delito puede resultar muy perjudicial para el principio de legalidad de los delitos y de las penas en su aspecto de *lex stricta*, principio fundamental en el Estado de derecho.

B. Sobre el último argumento general de la jurisprudencia de la Corte IDH, esta ha calificado la desaparición forzada de personas como *delito de lesa humanidad*, para lo cual cita incluso al Estatuto de Roma.⁷ En relación con ello cabría preguntarse si esa calificación tiene como fin que cada estado parte al tipificar la desaparición forzada de personas le otorgue la misma naturaleza, lo cual podría tener relevancia a los fines de la imprescriptibilidad, la prohibición de indultos y amnistías, etcétera. Igualmente,

⁶ Así, en otra sentencia la CIDH expresa lo siguiente: “En el presente caso, si bien no existía un tipo penal de desaparición forzada de personas en el derecho boliviano al momento en que inició el procedimiento penal en el año 1983, la Corte observa que no existía para esa fecha una obligación particular de tipificar el delito de desaparición forzada, de conformidad con las obligaciones estatales asumidas en razón de haber ratificado la Convención Americana. A la luz del artículo 2 de la Convención, este Tribunal considera que desde el momento en que se inició el proceso, la legislación boliviana contemplaba normas penales conducentes a la efectiva observancia de las garantías previstas en la Convención respecto de los derechos individuales a la vida, integridad personal y libertad personal, según lo establecía el Código Penal vigente en el año 1983. De esta forma, la Corte considera que, en el caso sub judice no se ha demostrado que la falta de tipificación del delito autónomo de desaparición forzada de personas ha obstaculizado el desarrollo efectivo del presente proceso penal” (caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia*, 27 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 104). Como puede apreciarse, en esta decisión a la Corte sí le interesa más el efecto de la falta de tipificación de la desaparición forzada de personas que la existencia de la propia tipificación.

⁷ Caso *Goiburú*, cit., § 82. Al respecto, véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en los casos de *Goiburú y otros contra la República de Paraguay* (8 de junio de 2005, § 113). En este párrafo la Comisión se remite al preámbulo de la Convención Regional sobre Desaparición para sostener el carácter de delito de lesa humanidad de la desaparición forzada cuando constituye una práctica sistemática (también, entre otras demandas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Ticona Estrada y otros contra la República de Bolivia* (8 de agosto de 2007, § 102).

podría pensarse que el carácter de lesa humanidad atribuido por la Corte IDH implica que el referido delito debe ser cometido en el contexto de un ataque *generalizado o sistemático* contra la población, elemento característico de los delitos de lesa humanidad establecidos en el Estatuto de Roma.⁸ Sin embargo, dado que el objetivo de la orden de tipificación que hace la Corte IDH a los estados es evitar la práctica de la desaparición, sancionando cualquier acto al respecto, es lógico suponer que la Corte IDH no restrinja la desaparición forzada a los casos cometidos de forma general y sistemática. Esta conclusión, además, ha sido confirmada expresamente en alguna sentencia, como indicaré.

2. Aspectos sustantivos (elementos del crimen)

Como he mencionado, la Corte IDH no se ha limitado a hacer recomendaciones de carácter general sobre la desaparición forzada de personas, sino que ha dictado pautas referidas tanto al fin que debe cumplir la represión de este crimen como a la estructura (elementos) que debe contener el tipo penal de desaparición forzada de personas. A continuación me referiré a dichos criterios:

2.1. Bien jurídico protegido

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sostenido reiteradamente que la desaparición forzada de personas es un delito *pluriofensivo*, una violación múltiple. Así, desde sus primeras sentencias sobre el tema ha definido este delito como “una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención”.⁹ Se trata de “un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a

⁸ Al respecto véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en los casos de *Goiburú y otros contra la República de Paraguay* (8 de junio de 2005, § 113). En este párrafo la Comisión se remite al preámbulo de la Convención Regional sobre Desaparición para sostener el carácter de delito de lesa humanidad de la desaparición forzada cuando constituye una práctica sistemática (también, entre otras demandas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Ticona Estrada y otros contra la República de Bolivia* [8 de agosto de 2007, § 102]). Igualmente, expresa la Corte: “[...] conforme al preámbulo de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, la práctica sistemática de la desaparición forzada de personas constituye un crimen de lesa humanidad y, como tal, entraña las consecuencias previstas por el derecho internacional aplicable” (caso *Tiu Tojin contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas, § 91).

⁹ Caso *Velásquez Rodríguez contra Honduras* (29 de julio de 1988, fondo), § 155; igual, caso *Godínez Cruz contra Honduras* (20 de enero de 1989, fondo), § 163.

ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto”.¹⁰ Además, dicho delito es una forma de “tratamiento cruel e inhumano”,¹¹ e incluso una violación del derecho a la vida por implicar frecuentemente “la ejecución de los detenidos, en secreto y sin fórmula de juicio, seguida del ocultamiento del cadáver con el objeto de borrar toda huella material del crimen y de procurar la impunidad de quienes lo cometieron”.¹²

Estas consideraciones definen los intereses lesionados por la desaparición forzada de personas en virtud de lo que usualmente ocurre en la realidad, sin realizar un análisis jurídico-normativo de dicho crimen. Obviamente, a esto puede responderse que en esos casos la Corte IDH determinó qué derechos humanos concretos resultaron lesionados por la práctica de la desaparición forzada, para así afirmar la responsabilidad internacional del Estado; es decir que sus conclusiones no estaban dirigidas a la posible tipificación de ese delito. Además, también las consideraciones que hace la Corte IDH podrían explicarse por el hecho de que en el momento de estas primeras sentencias aún no se había aprobado la CIDFP, de allí que la Corte IDH solo podía recurrir a la CADH y ensayaba posibles soluciones al respecto.¹³ Por último, este tratamiento fáctico también podría explicarse porque, en suma, la Corte tiene como fin determinar la responsabilidad internacional del estado parte y no la de un sujeto en particular, lo cual facilita un tratamiento laxo del fenómeno de la desaparición forzada de personas.

En posteriores sentencias la Corte ha reiterado, en cuanto a los derechos lesionados, el carácter múltiple de este delito,¹⁴ aunque se puede apreciar un matiz algo más jurídico para determinar los intereses afectados. Así, se afirma que la desaparición forzada viola la libertad personal (“privación arbitraria de la libertad”) y “pone en peligro la integridad personal, la seguridad y la propia vida del detenido”.¹⁵ También expresa que la desaparición forzada afecta la libertad personal, la integridad y la seguridad personales, “pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreado otros delitos conexos”.¹⁶

¹⁰ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155.

¹¹ *Ibidem*, § 156.

¹² *Ibidem*, § 157.

¹³ Al respecto, véase Medina Quiroga: o. cit., p.123.

¹⁴ Verbigracia, caso *Blake contra Guatemala* (24 de enero de 1998, fondo), § 65; caso *Goiburú*, cit., § 82 ss.; caso *Heliodoro Portugal contra Panamá* (12 de agosto de 2008, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), § 112.

¹⁵ Caso *Bámaca Velásquez contra Guatemala* (25 de noviembre de 2000, fondo), § 128; caso *Tiu Tojín*, cit., § 52.

¹⁶ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 92; caso *Blake*, cit., § 66. Incluso, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en contra del criterio de la Corte, considera que la desaparición forzada atenta contra el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (por todas, demanda en el caso de *Ticona Estrada*, cit., § 153 ss.;

Por lo tanto, la desaparición forzada de personas implicaría la combinación de un aspecto lesivo referido a la libertad personal y un peligro a la integridad personal, a la seguridad y a la vida.¹⁷ Es importante recalcar este último aspecto, ya que no sería necesaria la lesión de la vida —es decir, la muerte del detenido— para que se configurara este delito. En tal sentido, la referida CIDFP prevé la posibilidad de que los estados parte puedan establecer atenuantes de pena si los responsables contribuyen “a la aparición con vida de la víctima” (artículo III, segundo párrafo).¹⁸ Se confirma entonces que para la consumación de este delito no es necesaria la muerte de la persona, aunque sí la puesta en peligro de su vida.¹⁹

La determinación del interés protegido en el tipo de desaparición forzada de personas es de suma importancia, especialmente porque ayuda a precisar el alcance de la conducta requerida para la configuración de este delito y el momento de su consumación. Estos aspectos obligan a analizar si el delito de desaparición forzada de personas supone una presunción de que la conducta previa de privación ilegítima de libertad acarrea *per se* un peligro para la vida, la integridad física, etcétera, del detenido o si más bien, una vez afectada la libertad personal, habría que comprobar si los demás bienes jurídicos fueron realmente puestos en peligro (peligro concreto) por dicha privación de libertad. La diferencia de matiz no es gratuita y acarrea interesantes consecuencias. Incluso es sobre este punto que un sector doctrinal ha sostenido, desde hace tiempo, que un delito semejante constituye una “tipicidad de mera sospecha”.²⁰

igualmente, demanda en el caso *Kenneth Ney Anzualdo*, cit., § 167 ss.; demanda en el caso *Julia Gomes Lund y otros —Guerrilha do Araguaia—*, cit., § 208 ss.; demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros contra la República de Guatemala*, 17 de abril de 2009, § 136 ss.).

¹⁷ La Comisión Interamericana sostiene que la detención ilegal y arbitraria coloca a la víctima en una situación de vulnerabilidad que pone en riesgo su derecho a la integridad personal y a ser tratada con dignidad (demanda en el caso *Kenneth Ney Anzualdo*, cit., § 105 ss.; también, demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 114).

¹⁸ Así, Medina Quiroga: o. cit., pp. 126 ss.

¹⁹ “Algunas veces la desaparición forzada es conceptualizada como una violación agravada del derecho a la vida, debido a las violaciones de otros derechos cometidas con el afán de perpetuar la impunidad de los autores, así como por las consecuencias que tiene la desaparición de una persona en los derechos fundamentales de otras, en particular de los familiares de la persona desaparecida. Si bien esta apreciación es correcta en la mayor parte de los casos, es menester recordar que la desaparición no siempre entraña una violación consumada del derecho a la vida. La muerte de la víctima, como indica la última frase del artículo 1.2 de la Declaración [sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas], no es elemento de la definición de la desaparición” (Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004, p. 129).

²⁰ Por toda la doctrina tradicional, Quintano Ripollés: *Tratado de la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1962, tomo I, pp. 808 ss.

Al respecto, considero que debe descartarse la posibilidad de entender este delito como una presunción de muerte, o de peligro para la vida, derivada de la privación ilegítima de libertad.²¹ Entenderlo así sería concederle la razón al sector doctrinal que lo califica como *delito de sospecha*. Este delito, en la definición que de él hace la CIDFP, podría entenderse como un tipo de peligro abstracto, en el sentido de que una privación de libertad sin suministrar información del paradero del detenido ni permitirle al detenido ejercer el control de su detención representa un *hecho estadísticamente peligroso* para los demás intereses (integridad física, seguridad personal y vida). Pero como el peligro abstracto, el peligro estadístico, no implica una presunción legal de peligro que no pueda desvirtuarse por prueba en contrario,²² es descartable la existencia de dicho peligro si los autores de la privación ilegítima de libertad garantizan los demás derechos de la víctima, sobre todo la vida y la integridad física de la persona que tienen detenida, aunque no ofrezcan detalles de su paradero. Piénsese en el caso de una privación ilegal de libertad practicada por agentes del Estado sobre un presunto delincuente de tal forma que, aun cuando no ofrezcan información sobre su paradero, su vida nunca corra peligro en razón de que los funcionarios necesitan que el detenido se infiltre posteriormente en la organización criminal a la cual pertenece, para así capturar a los miembros de esta. Lo mismo ocurre en el caso de los llamados, en Venezuela, *ruleteos*, que realiza la policía al detener a alguien y llevarlo de comisaría en comisaría sin ofrecer información, pero en los que la víctima aparece a las horas de la detención. Si bien se trata de una práctica ilegal, una privación ilegal de la libertad, no constituye desaparición forzada de personas por no ser una conducta apta, desde un punto de vista ex ante, para poner en peligro el resto de los intereses mencionados. Como desarrollaré más adelante, en el Estatuto de Roma

²¹ Según Medina Quiroga, la CIDH concibió, en sus primeros tres casos, la desaparición forzada como una presunción de violación del derecho a la vida (o. cit., pp. 124 ss.). Igualmente, desde el punto de vista fáctico, y a los fines de la responsabilidad del Estado, puede citarse el caso *Castillo Páez contra Perú* (3 de noviembre de 1997, fondo), en cuya sentencia se expresa: “La Corte considera demostrada la violación del artículo 4 de la Convención que protege el derecho a la vida, ya que el señor Castillo Páez fue detenido arbitrariamente por agentes de la Policía del Perú; que dicha detención fue negada por las mismas autoridades, las cuales, por el contrario, lo ocultaron para que no fuese localizado, y que desde entonces se desconoce su paradero por lo que se puede concluir que, *debido al tiempo transcurrido desde el 21 de octubre de 1990 a la fecha, la víctima ha sido privada de la vida [...]*” (§ 71, cursivas mías). También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha presumido la muerte dadas las circunstancias en que se produjo la detención de las víctimas, la condición de “enemigos del régimen” de las víctimas, la existencia de una práctica de desapariciones forzadas tolerada por el Estado, y el transcurso del tiempo. Así, demanda del caso *Goiburú y otros*, cit., § 145; en parecido sentido, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *María Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín contra la República de Guatemala*, 28 de julio de 2007, § 153 ss., especialmente § 165; demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 133).

²² Así, Mir Puig: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998, pp. 209 ss. (62 ss.); véase también Modolell González: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001, pp. 240 ss.

se sortean perfectamente todos estos problemas al contemplarse en la definición de este crimen un especial elemento subjetivo del injusto.

2.2. Conducta típica

1. Como he expresado, la Corte IDH ha hecho especial énfasis en la afectación de la libertad personal como conducta central de la desaparición forzada de personas, que impide a la víctima ejercer el control de la detención.²³ Sobre la detención, ha expresado la jurisprudencia de la Corte que no necesariamente debe ser ilegal *ab initio*:

Al limitar la privación de libertad en este contexto a aquellas situaciones en que esta sea ilegal, excluyendo así formas legítimas de privación de libertad, la tipificación del delito se aparta de la fórmula mínima convencional. Cabe resaltar que la fórmula contenida en la Convención Interamericana señala como elemento básico la privación de libertad “cualquiera que fuere su forma”. Es decir, no resulta relevante la forma en que se hubiese producido: lícita o ilícita, violenta o pacífica, por ejemplo.²⁴

Esta afirmación es totalmente errada, ya que cuando la CIDFP alude, como posible elemento del tipo, a *cualquier forma de privación de libertad* se refiere a la modalidad de ejecución de la privación, es decir, a la manera en que esta se ejecuta, y en modo alguno a su carácter ilegal, el cual está sobreentendido. En efecto, no puede existir este delito sin una privación ilegítima de libertad previa o concurrente. Es obvio que la privación de libertad legítima puede convertirse posteriormente en una privación ilegal (verbigracia, una persona detenida en flagrancia no es puesta a la orden de un tribunal en el lapso legal establecido), pero solo cuando la ilegalidad de la detención comienza es cuando estrictamente podrá hablarse, si concurren el resto de los elementos, de una desaparición forzada de personas.²⁵

²³ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155; caso *Godínez Cruz*, cit., § 163; caso *Fairén Garbí y Solís Corrales contra Honduras* (5 de marzo de 1989, fondo), § 148.

²⁴ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 192; en igual sentido, caso *Blanco Romero y otros contra Venezuela* (28 de noviembre de 2005, fondo, reparaciones y costas), § 105.

²⁵ Respecto a la privación de libertad, la Comisión Interamericana ha expresado lo siguiente: “El análisis de un procedimiento de privación de libertad efectuado por un Estado y su compatibilidad con el artículo 7(2) y 7(3) de la Convención Americana requiere, en primer lugar, la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquellas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria” (demanda en los

Por su parte, el artículo 7.2.i del ECPI define la desaparición forzada como una “aprehensión, detención o secuestro de personas”, sin aludir expresamente a su carácter ilegal. Sin embargo, tal ilegalidad se deduce de la conducta descrita posteriormente: “la negativa a informar sobre la privación de libertad o dar información sobre la suerte o paradero de esas personas”, según expresa el Estatuto. La forma en que describe la conducta de detención resulta más cónsona con la naturaleza del delito de desaparición forzada de personas, en el sentido de que la ilegalidad deriva de la falta de información, de negarle a la víctima la posibilidad de controlar su detención, independientemente de que la privación de libertad haya comenzado siendo lícita o ilícita.

2. La falta de información sobre el paradero de la persona detenida es también considerada por la Corte IDH un elemento del crimen de desaparición forzada:

Un elemento esencial de la desaparición forzada es la negativa de reconocer la privación de libertad. Este elemento debe estar presente en la tipificación del delito, porque ello permite distinguirlo de otros con los que usualmente se le relaciona, como por ejemplo el secuestro, con el propósito de que puedan ser aplicados los criterios probatorios adecuados e impuestas las penas que consideren la extrema gravedad de este delito a todos aquellos implicados en el mismo.²⁶

Resulta interesante pensar en las consecuencias de esa “falta de información” en la estructura del delito de desaparición forzada. Es decir, ¿esa falta de información convertiría la desaparición forzada de personas en un delito de omisión? ¿Incluso en un delito de comisión por omisión en virtud de un actuar precedente ilícito? Además, ¿sería necesario un requerimiento formal a los autores sobre el paradero de la víctima para que se dé este elemento? Solo quiero dejar planteadas estas interrogantes, cuyas respuestas requieren de un mayor estudio.

3. Añade la Corte, como característica fáctica de la desaparición forzada, la prolongación de la conducta traducida en “el aislamiento prolongado y la incomunicación

casos de *Blanco Romero y otros contra la República Bolivariana de Venezuela*, 30 de junio de 2004, § 96). En cuanto a la ilegalidad de la detención, la Comisión Interamericana la entiende en un sentido amplio, no restringido a contrariedad a la ley, sin más bien como sinónimo de irregular, abusivo, contrario a derecho, incluso, citando al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “inapropiado o injusto” (véase la demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Maria Tiu Tojín y Josefa Tiu Tojín*, cit., § 121 y 122; igualmente, demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 122 y 123).

²⁶ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 198; caso *Gómez Palomino*, cit., § 103 ss.

coactiva a los que se ve sometida la víctima”, que “representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano”.²⁷ Estas afirmaciones de la Corte IDH podrían llevar a pensar que la permanencia es un elemento fundamental de la conducta típica. Por lo tanto, si la conducta de desaparición forzosa se aborta a los pocos días de haberse privado ilegalmente de la libertad al detenido, solo habría tentativa de delito. Adicionalmente, en otra sentencia la Corte ha sostenido que ese aislamiento prolongado, la situación de incomunicación en la cual se encuentra el detenido, produce una “situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en los centros de detención”.²⁸

Desde mi punto de vista, la prolongación de la privación de libertad, como elemento del tipo, contradiría el artículo II de la CIDFP, el cual nunca alude a la referida prolongación. Al respecto, nuevamente resulta más coherente la definición contenida en el Estatuto de Roma, que incluye un elemento subjetivo del injusto.²⁹ Así, la parte final del referido artículo 7.2.i del ECPI establece que la privación de libertad y la consiguiente falta de información sobre las personas deben haber sido realizadas “con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado”. Por lo tanto, se trata de un fin que debe perseguir el autor cuando realiza la conducta, pero que no es necesario lograr para la consumación del delito. Se trataría de un delito de *tendencia interna trascendente*, en el cual el tipo penal exige la presencia de un determinado fin en el autor cuando realiza la conducta, pero que no es imprescindible conseguir para la perfección del tipo.³⁰

4. La jurisprudencia de la Corte IDH ha considerado que la responsabilidad internacional del Estado se ve agravada, en el caso de la desaparición forzada de personas, cuando esta “forma parte de un patrón sistemático o práctica aplicada o tolerada por el Estado”,³¹ circunstancia que parece conducir a la Corte a fundamentar su calificación

²⁷ Caso Velásquez Rodríguez, cit., § 156; igualmente, caso Bámaca Velásquez, cit., § 150; caso Godínez Cruz, cit., § 164; caso Fairén Garbí, cit., § 149.

²⁸ Caso Bámaca Velásquez, § 150.

²⁹ Según la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, la definición de la desaparición contenida en el Estatuto “es semejante a la de la Convención Interamericana, con un elemento subjetivo adicional que figura en la última frase del artículo 7.2.i) [...]” (o. cit., p. 131). No obstante, considero que entre las dos definiciones hay más diferencias que ese elemento subjetivo. En todo caso, este cambia radicalmente la interpretación del tipo penal, como demostraré infra.

³⁰ Al respecto, véase Mir Puig: o. cit., p. 263 (142); igualmente, Mezger: *Tratado de derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), Madrid, 1946, tomo I, pp. 343 ss.; Jescheck y Weigend: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeine Teil*, Berlín, 1996, p. 319.

³¹ Caso Goiburú, cit., § 82.

como delito de lesa humanidad.³² Sin embargo, la consideración del elemento sistemático como simple agravante implica que para la Corte IDH un caso aislado de desaparición forzada también puede ser considerado como delito, cuestión explicable en el derecho interno y en relación con la responsabilidad internacional del propio Estado.³³

5. Igualmente, la Corte ha sostenido que la privación de libertad y la negativa de dar información son modalidades “concurrentes”, no “optativas”:

[...] la normativa internacional requiere que ambos elementos estén presentes, tanto el de la privación de libertad, cualquiera fuere su forma, como el de la negativa de proporcionar información al respecto.³⁴

2.3. Sujeto activo

A primera vista parecería que el sujeto activo de este tipo penal solo puede ser un funcionario público que actúe en ejercicio de sus funciones, es decir, un funcionario u órgano del Estado. Al respecto, la jurisprudencia comentada ha sostenido que los autores o partícipes de este hecho pueden ser agentes del Estado o personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado.³⁵ La propia CIDFP restringe el sujeto activo de este delito a agentes del Estado y a personas que obren con su apoyo y aquiescencia. Por lo tanto, nunca podría ser sujeto activo de este delito un miembro de una organización sublevada contra el Estado (por ejemplo, grupos guerrilleros que buscan derrocar al gobierno). El Estatuto de Roma va más allá, al definir el crimen de desaparición forzada de personas, por cuanto concibe que el sujeto activo pueda pertenecer

³² Ídem (al respecto, véase también la nota 8).

³³ En contra del elemento sistemático, o de exigir un contexto específico para la existencia de la desaparición forzada, caso *Ticona Estrada*, voto razonado de los magistrados García-Sayán y García Ramírez (§ 4 ss.).

³⁴ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 196.

³⁵ Caso *Gómez Palomino*, cit., § 100 y 101; igualmente, caso *Blanco Romero y otros*, cit., § 105. En este último caso la CIDH señala que el delito de desaparición forzada de personas debe abarcar la sanción de “personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado”, y no limitarlo a “la autoridad pública” o “persona al servicio del Estado”. Por otra parte, la CIDH determinó en el caso *Blake* (cit., § 75 ss.) que patrullas civiles creadas como grupos de autodefensa debían ser consideradas como agentes del Estado, al actuar con la aquiescencia de este: “En consecuencia, la Corte declara que la aquiescencia del Estado de Guatemala en la realización de tales actividades por parte de las patrullas civiles, permiten concluir, que dichas patrullas deben ser consideradas como agentes del Estado, y por lo tanto, imputables a este los actos por ellas practicados” (Ibíd., § 78; sobre este fenómeno de grupos paramilitares, véase también Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Florencio Chitay Nech y otros*, cit., § 49 ss.).

a una “organización política”, término que abarcaría cualquier grupo organizado que actúe contra el poder constituido.

El delito comentado implica una ilegalidad de la detención, por menoscabar derechos del detenido; por lo tanto, el delito presupone que la persona que lleva a cabo la privación de libertad tenga un deber jurídico especial de informar sobre el paradero del detenido y de permitirle a este el control de su detención. Se trata entonces de un delito de infracción de deber en el sentido tradicional del término, ya que el autor tiene un deber extrapenal con relación al sujeto privado de libertad. Dicho deber restringe el ámbito de la autoría a las personas que están obligadas a cumplirlo.³⁶

Esta posición se consolida con mayor fuerza en la definición que hace el artículo 2 de la CIDFP, la cual se refiere al impedimento de ejercer “los recursos legales y las garantías procesales pertinentes”. Estos deberes solo pueden concurrir en órganos del Estado y no en grupos sublevados contra este. No obstante, si ello fuera así, ¿por qué se previó que el sujeto activo pueda obrar con aquiescencia del Estado? Piénsese, por ejemplo, en un grupo paramilitar tolerado por el Estado o en complicidad con él para hacer la guerra sucia contra insurgentes. En efecto, podría decirse que estos grupos tampoco tienen un deber con relación al detenido, como lo tiene estrictamente un órgano del Estado. Sin embargo, en este último supuesto el apoyo o la aquiescencia del Estado sería lo que genera su responsabilidad y fundamenta el deber respecto de la persona detenida.

2.4. Carácter permanente de la desaparición forzada de personas

Un punto central en la definición del delito de desaparición forzada radica en el carácter permanente que se le atribuye. Como he señalado, tanto la jurisprudencia de la Corte IDH como diversas normas internacionales consideran que la desaparición forzada implica una “violación múltiple y *continuada*” de varios derechos de la Convención.³⁷ Aunque la Corte y la CIDFP (artículo III) empleen la frase “delito continuado”, el término correcto sería *delito permanente*, ya que para el derecho penal el primer término mencionado representa una forma de tratar auténticos casos de concurso real de delitos en beneficio del reo.

³⁶ Al respecto, Roxin: *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid y Barcelona, 2000, pp. 385 ss.

³⁷ Caso *Velásquez Rodríguez*, cit., § 155; caso *Bámaca Velásquez*, cit., § 128; caso *Gómez Palomino*, cit., § 92; caso *Goiburú*, cit., § 81 ss.; caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 34, igualmente § 106 ss.; caso *Tiu Tojin*, cit., § 52; caso *Ticona Estrada y otros contra Bolivia* (27 de noviembre de 2008, fondo, reparaciones y costas), § 54.

Por otra parte, la Corte ha expresado:

A diferencia de las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas se caracteriza por ser una violación de carácter continuo o permanente. Lo anterior permite que la Corte pueda pronunciarse sobre una presunta desaparición forzada, aun si esta se inicia con anterioridad a la fecha en que el Estado reconoce la competencia de la Corte, siempre y cuando dicha violación permanezca o continúe con posterioridad a dicha fecha [...] En dicho supuesto, el Tribunal sería competente para pronunciarse sobre la desaparición forzada hasta tanto dicha violación hubiera continuado [...].³⁸

Por lo tanto, una primera razón para darle carácter de delito permanente responde a la validez temporal de la ley y poder fundamentar la competencia de la Corte.³⁹

En cuanto a la definición de permanencia, la Corte sostiene:

La desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento. Por tanto, al analizar un supuesto de desaparición forzada se debe tener en cuenta que la privación de la libertad del individuo solo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la presunta víctima.⁴⁰

³⁸ Caso *Heliodoro Portugal contra Panamá*, cit., § 34; en igual sentido, caso *Ticona Estrada y otros*, cit., § 28 ss.

³⁹ No obstante, en algún caso la CIDH se ha manifestado contradictoriamente con relación al carácter “continuo” de la desaparición forzada de personas, concretamente para afirmar su competencia sobre hechos acaecidos antes del reconocimiento de la competencia de la Corte (al respecto, caso *Blake*, cit., § 53 ss.; comentarios de las sentencias sobre este caso, véase Medina Quiroga: o. cit., pp. 132 ss.; igualmente, Popkin: “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Cejil*, n.º 1, Buenos Aires, 2005, pp. 45 ss.; Saavedra Alessandri: “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en Martín, Rodríguez y Guevara (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004, pp. 288 ss.). La contradicción también resalta en el caso *Hermanas Serrano Cruz contra El Salvador* (23 de noviembre de 2004, excepciones preliminares), § 79, donde se expresa: “Debido a que la limitación temporal hecha por el Estado es compatible con el artículo 62 de la Convención [...], la Corte admite la excepción preliminar *ratione temporis* interpuesta por El Salvador para que el Tribunal no conozca de aquellos hechos o actos cuyo principio de ejecución es anterior al 6 de junio de 1995 y que se prolongan con posterioridad a dicha fecha de reconocimiento de competencia. Por lo tanto, la Corte no se pronunciará sobre la supuesta desaparición forzada de Ernestina y Erlinda Serrano Cruz y, en consecuencia, sobre ninguno de los alegatos que sustentan violaciones relacionadas con dicha desaparición”. Sobre esta sentencia, véase el voto salvado del juez Cançado Trindade, especialmente § 21 y 22; también, críticamente, Popkin: “El caso de las hermanas Serrano Cruz...”, cit., pp. 44 ss., esp. 46 ss.

⁴⁰ Caso *Heliodoro Portugal*, cit., § 112; también, en la misma sentencia, § 109; igualmente, caso *Tiu Tojín*, cit., § 84; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: demanda en el caso de *Ticona Estrada y otros*, cit., § 108. En el caso *Goiburú*, cit., la CIDH da a entender que el artículo 17.1 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, del año 1992, agrega un elemento más, ligado al deber de investigación, al señalar que el delito de referencia debe ser considerado “permanente

En el párrafo anterior la Corte IDH erróneamente entiende que la desaparición forzada no constituye un delito que se consuma en el momento de la privación de libertad, aunque la propia consumación se extienda en el tiempo, sino que la referida privación sería solo el comienzo de ejecución del delito. Por lo tanto, según este criterio, una desaparición abortada después de la privación de libertad debería castigarse solo como tentativa. Más aún, de acuerdo con el párrafo transcrito, el delito terminaría cuando se conoce la suerte y el paradero de la víctima.⁴¹ Este párrafo parece devolvernos al problema planteado *supra*, relativo a la permanencia como elemento de este delito. Personalmente considero que la confusión en que incurre la Corte IDH parte de no concebir este crimen como un tipo de *tendencia interna trascendente*, en el sentido de que el autor persigue como fin que la víctima quede al margen del amparo legal de forma permanente, pero ello no tiene por qué lograrse para la consumación del tipo penal.

mientras su autores continúen ocultando la suerte y el paradero de la persona desaparecida y *mientras no se hayan esclarecido los hechos*" (§ 83 [cursivas mías]; similar, caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, 27 de febrero de 2002, reparaciones y costas, § 92.b). Pareciera entonces, según el texto citado del caso *Goiburú*, que el delito sería considerado permanente no solo cuando la persona no haya aparecido, sino también cuando, aun habiendo aparecido, el caso no se hubiese esclarecido. Obviamente, esta última conclusión no puede ser acogida en el ámbito penal.

⁴¹ En su más reciente sentencia sobre desaparición forzada, afirma la Corte: "Por tratarse de un delito de *ejecución permanente*, es decir, *cuya consumación se prolonga en el tiempo*, al entrar en vigor la tipificación del delito de desaparición forzada de personas en el derecho penal interno, si se mantiene la conducta delictiva, la nueva ley resulta aplicable (caso *Tiu Tojín*, cit., § 87 [cursivas mías]). Se nota claramente que la Corte sigue confundiendo la ejecución con la consumación del delito.

Bibliografía

- JESCHECK Y WEIGEND: *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1996.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*, Santiago, 2003.
- MEZGER, Edmundo: *Tratado de Derecho penal* (trad. de Rodríguez Muñoz), t. I, Madrid, 1946.
- MIR PUIG, Santiago: *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 1998.
- MODELELL GONZÁLEZ, Juan: *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*, Caracas, 2001.
- OFICINA EN COLOMBIA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS: *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Bogotá, 2004.
- POPKIN, Margaret: “El caso de las hermanas Serrano Cruz de El Salvador y la interpretación de la excepción *ratione temporis*”, en *Revista CEJIL*, Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, Buenos Aires, n.º 1, 2005, pp. 41-50.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Tratado de la parte especial del Derecho penal*, t. I, Madrid, 1962.
- ROXIN, Claus: *Autoría y dominio del hecho* (trad. de Cuello y Serrano), Madrid y Barcelona, 2000.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo: “El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en MARTÍN, RODRÍGUEZ y GUEVARA (comps.): *Derecho internacional de los derechos humanos*, México, 2004, pp. 281-309.

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

Pablo F. Parenti

RESUMEN. El presente trabajo analiza la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se ha referido a la inaplicabilidad de normas de prescripción frente a conductas violatorias de los derechos humanos. Se sostiene que en la evolución de dicha jurisprudencia pueden identificarse tres momentos a partir del fallo *Barrios Altos*, que finalizan con las sentencias dictadas en los casos *Almonacid Arellano* y *Albán Cornejo*, en las que la inaplicabilidad de normas sobre prescripción se funda en la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional. De este modo, al definir el alcance concreto de la obligación de investigar y sancionar penalmente graves violaciones de los derechos humanos, la Corte Interamericana recurre a la aplicación del derecho internacional general, es decir, a un sector del ordenamiento jurídico internacional que vincula a los estados más allá de todo vínculo convencional.

ABSTRACT. This study analyses the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights which refers to the inapplicability of statutes of limitations in cases of human rights violations. It holds the opinion that there have been three periods in jurisprudence, starting with the *Barrios Altos* decision and ending with the decisions in the *Almonacid Arellano* and *Albán Cornejo* cases, in which the non-applicability of statutes of limitations was based on the rule that statutory limitations do not apply to crimes against international law. Thus, when it defines the specific scope of the obligation to investigate and punish serious violations of human rights, the Court resorts to the application of general international law; that is, the part of the international legal system which binds the states beyond the terms of any international convention.

1 • Introducción

Si bien el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) no contiene referencias expresas a la obligación de investigar y sancionar penalmente conductas que violen derechos consagrados en el tratado, ni establece limitaciones a la aplicación de normas sobre prescripción en tales casos, dichos extremos han sido afirmados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

El deber de investigar y sancionar penalmente conductas violatorias de los derechos humanos fue enunciando ya en el primer caso contencioso en el que la Corte IDH emitió sentencia. En el caso *Velásquez Rodríguez* (1988), al interpretar el alcance del deber de garantizar los derechos consagrados en la CADH (artículo 1.1),¹ la Corte expresó:

La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. *Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención [...]*.²

El contenido concreto de esta obligación de investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH fue desarrollándose en la jurisprudencia posterior. En este trabajo se pondrá la atención en aquellos casos en los que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la inadmisibilidad de la aplicación de normas de prescripción frente a conductas violatorias de los derechos humanos. En lo que sigue, se analizarán los principales hitos en la jurisprudencia de la Corte IDH referida a esta materia.

¹ El artículo 1.1 dispone: “Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

² Cf. *Velásquez Rodríguez*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 166-167. Véanse asimismo los casos *Godínez Cruz*, sentencia del 20 de enero de 1989, § 173; *Caballero Delgado y Santana*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, § 56; *El Amparo*, sentencia del 14 de septiembre de 1996, § 6 del voto del juez Cançado Trindade; *Loayza Tamayo*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, punto dispositivo 3, entre otros.

2 • La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2.1. La primera referencia: *el óbiter dictum en el caso Barrios Altos (2001)*

En el caso *Barrios Altos* la Corte IDH se pronunció por la incompatibilidad de dos leyes dictadas por la República del Perú que habían impedido la investigación y el juzgamiento de los delitos cometidos el 3 de noviembre de 1991 por miembros del ejército —integrantes de un escuadrón de eliminación conocido como Grupo Colina—, cuando atacaron con armas de fuego a un grupo de jóvenes reunidos en un inmueble del vecindario Barrios Altos de la ciudad de Lima. Como consecuencia, quince personas perdieron la vida y otras cuatro fueron lesionadas. Luego de que el Estado peruano reconociera su responsabilidad por los hechos y por la falta de investigación y juzgamiento, la Corte IDH dictó sentencia en la que se pronunció por la incompatibilidad de las leyes de amnistía con la CADH. Expresó en uno de los párrafos centrales de la sentencia:

Esta Corte considera que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.³

La necesidad de referirse a “disposiciones de prescripción” no estaba impuesta por las circunstancias del caso, dado que la falta de investigación de los hechos de *Barrios Altos* había estado determinada por ciertas maniobras de entorpecimiento de la labor judicial y centralmente por el dictado y la aplicación de dos leyes de amnistía. Por eso, un primer interrogante que plantea este fallo es el sentido de la inclusión de las disposiciones de

³ Caso *Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y otros contra Perú)*, 14 de marzo de 2001, § 41. En el § 44 la Corte agregó: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú”.

prescripción entre aquellas consideradas incompatibles con la obligación de investigar y sancionar. Una explicación posible es que la Corte IDH pretendió dejar establecido que esta incompatibilidad se refiere a todo tipo de disposición dictada con el objeto de impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos, incluidas, claro está, aquellas que pretendan impedir la persecución penal mediante la fijación de un plazo especialmente exiguo para la extinción de la acción penal, al estilo de la conocida Ley de Punto Final dictada en Argentina en 1986.⁴

Sin embargo, la redacción del párrafo citado deja lugar para interpretaciones más ambiciosas, como entender que la referencia a las disposiciones de prescripción se refiere no solo a leyes específicamente dictadas con el objeto de impedir o limitar el proceso penal, sino también a la imposibilidad de aplicar las normas ordinarias de prescripción en casos de “graves violaciones de los derechos humanos”. En todo caso, se trata de un párrafo ambiguo dictado en un momento en el que a escala nacional comenzaba a desarrollarse una tendencia a considerar imprescriptibles los crímenes cometidos por las dictaduras latinoamericanas. Al menos eso era lo que sucedía en la República Argentina, donde la jurisprudencia, a partir de 1998, venía declarando que los delitos perpetrados por la última dictadura (1976-1983) debían considerarse crímenes contra la humanidad con base en la costumbre internacional. Precisamente, parte de la jurisprudencia argentina posterior a *Barrios Altos* interpretó esta sentencia de la Corte IDH en el sentido de reconocer la imprescriptibilidad de los crímenes de derecho internacional.⁵ De este modo la CADH comenzó a ser citada como un fundamento normativo adicional para sostener que los delitos cometidos en el marco del plan sistemático de represión impulsado por la dictadura no estaban sujetos a prescripción.⁶

⁴ La Ley de Punto Final se asemejaba a una norma de prescripción en cuanto fijaba un plazo para la persecución (60 días), luego del cual se consideraba extinguida la acción penal.

⁵ Además, claro está, de ser el principal argumento para considerar inválidas las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida, dictadas con el fin específico de limitar la posibilidad de juzgar penalmente a la mayor parte de los autores de los crímenes de la dictadura.

⁶ El análisis de la jurisprudencia argentina sobre esta materia fue realizado en el informe nacional contenido en el quinto libro del Grupo de Estudios; cf. Pablo F. Parenti: “Argentina”, en Kai Ambos y Ezequiel Malarino (eds.): *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, Montevideo: Fundación Konrad Adenauer, 2008, pp. 21-66.

2.2. El caso *Trujillo Oroza* (2002)

Esta sentencia sobre reparaciones tiene como antecedente la condena al Estado boliviano por la falta de investigación del secuestro, las torturas y la desaparición de José Carlos Trujillo Oroza a principios de la década de 1970.

Una cuestión discutida en esta sentencia sobre reparaciones se refiere a la posible prescripción de la acción penal, decidida por tribunales bolivianos, aunque revocada poco antes del pronunciamiento de la Corte. Según los demandantes, un aspecto que impedía un correcto tratamiento del caso por los tribunales bolivianos era la falta de tipificación en la legislación de Bolivia del delito de desaparición forzada de personas, imprescriptible según la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Al momento de la sentencia de la Corte IDH, el caso se encontraba abierto dado que el Tribunal Constitucional había anulado la declaración de prescripción por entender que la privación de la libertad es un delito permanente y, dado que la víctima no había recuperado su libertad, el plazo de prescripción no había empezado a correr.

Si bien la Corte tuvo en cuenta esta decisión del Tribunal Constitucional y afirmó que “constituye un aporte positivo”, no se privó de reiterar el párrafo 41 de *Barrios Altos*, que establece la inadmisibilidad de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y sanción de los responsables de graves violaciones de los derechos humanos.⁷

De este modo, la Corte IDH disipa cualquier duda acerca del alcance del *dictum* de *Barrios Altos*, dado que en *Trujillo Oroza* claramente lo emplea frente a la posible prescripción del caso por aplicación de las leyes generales que regulan la materia y no de normas especiales dictadas con el deliberado propósito de impedir el juzgamiento de graves violaciones de los derechos humanos.

2.3. El caso *Bulacio* (2003)

Las menciones que la Corte IDH hizo a la inadmisibilidad de las normas de prescripción en *Barrios Altos* y en las sentencias que reiteraron su doctrina estuvieron vinculadas con hechos que fueron caracterizados como *graves violaciones de los derechos humanos*. Esta expresión, cuyo alcance no llega a ser preciso y acerca del cual la Corte solo aporta una enumeración de ejemplos, razonablemente puede ser interpretada como referida a crímenes de derecho internacional, dado que estos, precisamente, se dirigen

⁷ Cf. caso *Trujillo Oroza contra Bolivia*, 27 de febrero de 2002, § 106.

a la criminalización de aquellas conductas consideradas más lesivas para los derechos humanos.

Una circunstancia que hace destacable la sentencia dictada por la Corte IDH en *Bulacio* es que se refiere a la investigación penal de hechos que, por las circunstancias de su comisión, no conformarían un crimen de derecho internacional. El caso plantea la falta de una investigación diligente por la administración de justicia argentina frente a la muerte de un joven (Walter Bulacio) que fue detenido por la policía junto a otras personas en las inmediaciones de un estadio donde iba a actuar una banda de rock y luego fue golpeado en la comisaría por agentes policiales. A la mañana siguiente fue llevado al hospital, donde falleció días después. Más allá de este hecho puntual, en el caso aparece tratada la práctica policial de las detenciones masivas y sin causas justificadas (conocidas como *razzias*), la omisión de dar cuenta de las detenciones a las autoridades judiciales —y a los padres en los casos de detención de menores de edad— y la existencia de una normativa insuficiente para proteger los derechos de las personas frente a esta actividad policial.

Como sucedió en *Barrios Altos*, en este caso también existió un allanamiento del Estado demandado, que reconoció su responsabilidad tanto por los hechos que afectaron a Bulacio como por la falta de una investigación satisfactoria de los estándares internacionales referidos al plazo razonable y a la provisión de recursos efectivos (artículos 8 y 25 de la CADH).

Al momento de la sentencia se encontraba a consideración de la Corte Suprema argentina el recurso presentado contra el sobreseimiento por prescripción dictado en favor del principal acusado.

La Corte IDH se pronunció sobre la posible prescripción de los delitos, no en la parte referida a las violaciones de la CADH, sino en el capítulo relativo a las *reparaciones* a cargo del Estado argentino. Allí manifestó:

En cuanto a la invocada prescripción de la causa pendiente a nivel de derecho interno [...], este Tribunal ha señalado que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos. La Corte considera que las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana.⁸

⁸ Caso *Bulacio contra Argentina*, 18 de septiembre de 2003, § 106.

En este párrafo la Corte no se refiere ya a *graves* violaciones de los derechos humanos (*Barrios Altos*), sino lisa y llanamente a las *violaciones de derechos humanos*. Es muy probable que la eliminación del adjetivo calificativo *graves* haya estado motivada en la circunstancia de que los hechos del caso no parecían encuadrar en la tipología de los crímenes de derecho internacional, a diferencia de los casos anteriormente considerados por la Corte. Más allá de esta especulación, el fallo dictado en el caso *Bulacio* abre interrogantes acerca de los límites a la prescripción fundados en la CADH.

El principal interrogante que instala la sentencia del caso *Bulacio* es si todo delito que pueda considerarse violatorio de un derecho humano reconocido por la CADH debe, por ello, ser excluido del régimen general de prescripción que prevea el derecho interno. Si esta fuera la interpretación de la sentencia, indudablemente el ámbito de la imprescriptibilidad alcanzaría una dimensión mucho más holgada que la establecida por el derecho penal internacional y por otros tratados distintos de la CADH.

La sentencia, sin embargo, presenta ciertos pasajes que permiten dudar de esta interpretación. En particular, existen menciones específicas a la actuación de la defensa en el proceso que no parecen estar desvinculadas de las referencias a la inadmisibilidad de la prescripción en el caso concreto. En efecto, en los párrafos inmediatamente anteriores a los dedicados a la prescripción puede leerse:

La Corte observa que desde el 23 de mayo de 1996, fecha en la que se corrió traslado a la defensa del pedido fiscal de 15 años de prisión contra el Comisario Espósito, la defensa del imputado promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros), que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal.

Esta manera de ejercer los medios que la ley pone al servicio de la defensa, ha sido tolerada y permitida por los órganos judiciales intervinientes, con olvido de que su función no se agota en posibilitar un debido proceso que garantice la defensa en juicio, sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables.⁹

Si bien se señala la responsabilidad de los tribunales argentinos, cabe preguntarse si la advertencia sobre la inadmisibilidad de la prescripción que efectúa la Corte no se debe, al menos en parte, a la afirmada responsabilidad de la defensa en las demoras

⁹ Ibídem, § 113 y 114.

procesales. Si esto fuera así, resultaría que la Corte estaría negando la prescripción al acusado que hubiese efectuado durante el proceso actos tendientes a demorar su avance: una especie de castigo por las dilaciones procesales.¹⁰

Unos párrafos más abajo la cuestión de la prescripción aparece vinculada ya no a la obligación genérica de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (artículo 1.1 de la CADH), sino al *deber de cumplir las sentencias* de la Corte IDH:

De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes.¹¹

Aquí la Corte IDH hace hincapié en el valor de sus sentencias frente al derecho estatal. Este aspecto parece haber sido decisivo para el pronunciamiento que dictó tiempo después la Corte Suprema argentina, tribunal que, si bien dejó plasmado su desacuerdo con lo resuelto por la Corte IDH en *Bulacio*, consideró que debía acatar esa sentencia y, en consecuencia, revocar la decisión que había declarado la prescripción de la acción penal respecto del comisario Miguel Ángel Espósito, principal acusado en el caso.

Que según se desprende de la sentencia internacional citada, la declaración de la prescripción de la acción penal en estos actuados representaría una violación a los derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] Que, en consecuencia, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al “sub lite” las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento

¹⁰ Sobre esto, véanse más adelante las consideraciones efectuadas por la Corte Suprema argentina al tratar este caso y la sentencia de la propia Corte Interamericana en el caso *Albán Cornejo* (2007).

¹¹ Cf. § 117, sin destacar en el original.

jurídico en materia de imprescriptibilidad (“Convención sobre desaparición forzada de personas” —ley 24.556, art. VII— y “Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad” —ley 24.584—) [...].

Que [...] corresponde dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado. En efecto, [...] son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber, sea que ella se haya producido por la desidia judicial o por la actividad imprudente del letrado que asume a su cargo la defensa técnica, produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional. La circunstancia de que sea el defensor del imputado quien haya generado tales dilaciones en nada modifica la situación, pues la defensa solo es inviolable cuando puede ser ejercida en forma amplia. En todo caso, cuando el defensor la ejerza indebidamente, es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos.¹²

La Corte Suprema argentina también criticó la ponderación efectuada por la Corte IDH entre los derechos del acusado y el derecho de las víctimas a la protección judicial y también señaló la circunstancia de que la sentencia de la Corte IDH se basaba en hechos reconocidos por el Estado argentino mediante un procedimiento en el que el acusado no tuvo posibilidad alguna de discutirlos.¹³

¹² Cf. Corte Suprema de Justicia de la Nación, caso *Espósito, Miguel Ángel*, 23 de diciembre de 2004, voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, § 7, 10 y 12.

¹³ En el voto citado en la nota anterior se dice lo siguiente: “Que con referencia a la conducta procesal del imputado, este tribunal ha afirmado [...] que ella es irrelevante para interrumpir la prescripción, y que no obsta a la extinción de la acción penal y al reconocimiento de su derecho a un pronunciamiento sin dilaciones indebidas [...] Que, en cambio, el fallo de la Corte Interamericana soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable —íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho [...]—, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en que se ha constatado en el caso una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello, por cierto, bien puede bastar para generar la responsabilidad internacional del Estado infractor, pero no para especificar cuáles son las restricciones legítimas a los derechos procesales de los individuos que resulten imputados penalmente como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional. Que a ello se suma, en el caso, que la restricción de los derechos del imputado que deriva de la inoponibilidad de la prescripción es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento de derecho internacional en el que el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos. Por otro lado, la fijación de las circunstancias de hecho de las que deriva la declaración de responsabilidad se produjo por medio de un procedimiento formal —consecuencia del reconocimiento de su responsabilidad internacional por parte del Estado— desvinculado del principio de averiguación de la verdad real que rige en materia procesal penal (cf. la decisión de la Corte Interamericana de omitir la consideración de los peritajes presentados por el Estado argentino que se dirigían a desvirtuar los hechos de fondo, § 59). Que,

La sentencia de la Corte IDH en *Bulacio* plantea diversos aspectos problemáticos —como los señalados por la Corte argentina— y, en cuanto al alcance de la prohibición de la prescripción, deja el interrogante de si: a) esta rige respecto de toda conducta delictiva que implique la violación de *un* derecho reconocido en la CADH —aun cuando no se trate de una de las llamadas **graves violaciones de los derechos humanos**—, o bien b) la prescripción no opera frente a *graves* violaciones de los derechos humanos (estándar *Barrios Altos*), sin perjuicio de que, en cualquier caso, frente a supuestos de notorias dilaciones procesales causadas por la defensa, la Corte IDH pueda obligar al Estado a llevar a cabo un proceso penal sin posibilidad de que sea interrumpido por la aplicación de normas sobre prescripción.

Como se verá más abajo, la jurisprudencia posterior de la Corte IDH parece haber acotado el ámbito de la prohibición de prescripción que surge de la sentencia dictada en el caso *Bulacio* en cualquiera de las dos variantes de interpretación señaladas en el párrafo anterior.

2.4. El caso *Almonacid Arellano* (2007)

Si bien el objeto central de esta sentencia es el análisis de la aplicación por el Estado chileno de una norma de amnistía sancionada por la dictadura de Pinochet, la Corte IDH, en el capítulo referido a las reparaciones, nuevamente aborda la cuestión de la prescripción frente a graves violaciones a los derechos humanos. Puede decirse que un aspecto que hace destacable este fallo es el intento por fundar la prohibición de las amnistías y de la prescripción sobre la base del derecho internacional general.

La Corte analiza en primer término si la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano es o no un crimen de lesa humanidad. Luego de un repaso de los antecedentes más conocidos relativos a esta categoría de delitos, concluye:

[...] hay amplia evidencia para concluir que en 1973, año de la muerte del señor Almonacid Arellano, la comisión de crímenes de lesa humanidad, incluido el asesinato ejecutado en un contexto de ataque generalizado o sistemático contra sectores de la población

en consecuencia, se plantea la paradoja de que solo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional” (cf. § 13-16).

civil, era violatoria de una norma imperativa del derecho internacional. Dicha prohibición de cometer crímenes de lesa humanidad es una norma de *ius cogens*, y la penalización de estos crímenes es obligatoria conforme al derecho internacional general.¹⁴

Teniendo en cuenta los hechos del caso, la Corte considera que esa categoría de delitos es aplicable respecto del homicidio de Almonacid Arellano.¹⁵ A partir de allí la Corte IDH intenta demostrar que para el derecho internacional los crímenes de lesa humanidad no son amnistiables. Si bien se cita lo afirmado años antes en *Barrios Altos*, se agrega aquí una línea de argumentación fuertemente apoyada en el derecho internacional que había estado ausente al fundar aquel fallo.

Lo mismo sucede cuando la Corte IDH precisa el alcance del deber de investigar y juzgar penalmente el caso de Almonacid Arellano. Si para fundar la imposibilidad de aplicar normas de prescripción la Corte podía limitarse a citar su jurisprudencia anterior (*Barrios Altos*, etcétera), en esta sentencia recurre al derecho internacional general:

El Estado no podrá argüir ninguna ley ni disposición de derecho interno para eximirse de la orden de la Corte de investigar y sancionar penalmente a los responsables de la muerte del señor Almonacid Arellano. Chile no podrá volver a aplicar el Decreto Ley n.º 2.191, por todas las consideraciones dadas en la presente Sentencia, en especial las contenidas en el párrafo 145. Pero además, el Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables.

En efecto, por constituir un crimen de lesa humanidad, el delito cometido en contra del señor Almonacid Arellano, además de ser inamnistiable, es imprescriptible. Como se señaló en los párrafos 105 y 106 de esta Sentencia, los crímenes de lesa humanidad van más allá de lo tolerable por la comunidad internacional y ofenden a la humanidad toda. El daño que tales crímenes ocasionan permanece vigente para la sociedad nacional y para la comunidad internacional, las que exigen la investigación y el castigo de los responsables. En este sentido, la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad claramente afirmó que tales ilícitos internacionales “son imprescriptibles, cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido”.

¹⁴ Cf. *Almonacid Arellano y otros contra Chile*, 26 de septiembre de 2006, § 99.

¹⁵ En palabras de la Corte: “En vista de lo anterior, la Corte considera que existe suficiente evidencia para razonablemente sostener que la ejecución extrajudicial cometida por agentes estatales en perjuicio del señor Almonacid Arellano, quien era militante del Partido Comunista, candidato a regidor del mismo partido, secretario provincial de la Central Unitaria de Trabajadores y dirigente gremial del Magisterio (SUTE), todo lo cual era considerado como una amenaza por su doctrina, cometida dentro de un patrón sistemático y generalizado contra la población civil, es un crimen de lesa humanidad” (§ 104).

Aun cuando Chile no ha ratificado dicha Convención, esta Corte considera que la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad surge como categoría de norma de Derecho Internacional General (*ius cogens*), que no nace con tal Convención sino que está reconocida en ella. Consecuentemente, Chile no puede dejar de cumplir esta norma imperativa.¹⁶

Es interesante el paso que da la Corte IDH dado que, a diferencia de otros casos en los que simplemente afirma que el Estado no puede aplicar normas de prescripción, aquí brinda argumentos que intentan justificar esa conclusión en normas más específicas que el artículo 1.1 de la CADH. En otras palabras, la justificación en normas de derecho internacional con validez universal de una restricción para los estados que no surge expresamente de la CADH (la de aplicar normas de prescripción) parece un método apropiado para legitimar esa interpretación. Si la Corte entiende razonablemente que existe una obligación de juzgar y penar *graves violaciones a los derechos humanos* (cuyo contenido coincide sustancialmente con el objeto de los crímenes de derecho internacional), parece razonable que para determinar el alcance concreto de esa obligación se observen los parámetros que rigen internacionalmente. En este sentido, no hay nada de criticable en el hecho de que la Corte interprete que la obligación de investigar, juzgar y sancionar debe entenderse como una obligación *conforme al derecho internacional con validez universal*.¹⁷

Una cuestión diversa es si el tratamiento que la Corte IDH realiza de las normas de derecho internacional general es correcto y está debidamente fundado. En el caso concreto de la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, la Corte demuestra cierta imprecisión al referirse a las categorías propias del derecho internacional —por ejemplo, al utilizar como sinónimos *derecho internacional general* y *normas ius cogens*— y no aporta mayores argumentos que los que pueden encontrarse en numerosas sentencias de los tribunales de los países de la región. En particular, sería esperable que un tribunal

¹⁶ *Almonacid Arellano*, 26 de septiembre de 2006, § 151-153. En el mismo sentido, la Corte se pronunció en el caso *La Cantuta contra Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006, § 225-226.

¹⁷ Esto no significa reconocer que la Corte Interamericana tiene competencia para juzgar si un Estado ha violado el derecho internacional general, incluyendo las normas con valor de *ius cogens*. La competencia de la Corte se limita a las posibles violaciones de la CADH o de otros tratados que le confieran competencia (cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Las Palmeras contra Colombia*, sentencia del 4 de febrero de 2000, excepciones preliminares, punto IX). Ello no impide que la Corte, en su labor de interpretación, recurra al derecho internacional para determinar el contenido concreto de una disposición de la CADH o de un tratado que le confiera competencia; por ejemplo, que para determinar el alcance del derecho a “no ser privado de la vida arbitrariamente” se recurra, en caso de un conflicto armado, a lo que dispone el derecho internacional humanitario (ejemplo mencionado por el juez Cançado Trindade en su voto razonado en el citado caso *Las Palmeras*).

internacional fundara de manera más convincente conclusiones tales como la del valor de la regla de la imprescriptibilidad dentro del derecho internacional, o el aspecto temporal de su aplicación y su relación con la prohibición de retroactividad.

Es lógico pensar que, en la práctica, el recurso a normas internacionales para interpretar el alcance de las normas de la CADH debería incentivar la aplicación de esas normas internacionales en el ámbito interno de los estados parte de la Convención. Ello puede constatare efectivamente en el caso de las normas referidas a los crímenes de derecho internacional, cuya aplicación en el ámbito americano se ha visto reforzada por el hecho de integrar el contenido de las obligaciones que surgen de la CADH según la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.5. El caso *Albán Cornejo* (2007)

En noviembre de 2007 la Corte IDH dictó una sentencia que acota los límites de la imprescriptibilidad y que puede ser leída como un correctivo de la doctrina que emana del fallo *Bulacio*.

Los hechos del caso plantean un supuesto claramente alejado de conductas constitutivas de crímenes de derecho internacional o que pueden considerarse dentro del relativamente incierto concepto de *graves violaciones de los derechos humanos*.¹⁸ En efecto, la demanda se basa en la responsabilidad del Estado por la falta de una investigación diligente de la muerte de Laura Albán en un caso de mala praxis médica en un hospital privado de la ciudad de Quito. Al momento de la sentencia de la Corte IDH, los dos médicos acusados habían sido sobreprescritos por prescripción, aunque la decisión respecto de uno de ellos se encontraba recurrida ante la Corte Superior de Justicia de Quito.

El Estado ecuatoriano había reconocido la responsabilidad por la falta de impulso del proceso, en particular por la falta de una oportuna investigación del paradero de uno de los acusados y de la realización de los trámites tendientes a lograr la extradición. Pese a que la declaración de prescripción respecto de esta persona no estaba firme, la Corte IDH consideró pertinente analizar la figura de la prescripción a la luz de los hechos del caso:

La prescripción en materia penal determina la extinción de la pretensión punitiva por el transcurso del tiempo, y generalmente, limita el poder punitivo del Estado para perseguir

¹⁸ Esto es mucho más claro en este caso que en *Bulacio*, donde se trataba de una detención arbitraria de un joven ocurrida en el contexto de una *razzia* policial y de una golpiza en la comisaría que derivó en su muerte.

la conducta ilícita y sancionar a sus autores. Esta es una garantía que debe ser observada debidamente por el juzgador para todo imputado de un delito. Sin perjuicio de lo anterior, la prescripción de la acción penal es inadmisibile e inaplicable cuando se trata de muy graves violaciones a los derechos humanos en los términos del Derecho Internacional. La jurisprudencia constante y uniforme de la Corte así lo ha señalado. En el presente caso *no opera la exclusión de prescripción, porque no se satisfacen los supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales*.¹⁹

Con este párrafo la Corte IDH parece confirmar la tendencia exhibida en sus últimas sentencias, en las que la prohibición de aplicar normas de prescripción —a efectos de observar la obligación de investigar, juzgar y sancionar que emana de la CADH— aparece fundada en normas de derecho penal internacional.

Cabe preguntarse si esta interpretación de la prohibición de la prescripción en caso de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la CADH echa por tierra la doctrina que surge de la sentencia en el caso *Bulacio* o si, en cambio, se trata de interpretaciones complementarias.

Vale recordar que en *Bulacio* la Corte IDH no desconoce que los hechos del caso no plantean un supuesto de *graves* violaciones de los derechos humanos. De hecho, en la sentencia se reitera el párrafo 41 de *Barrios Altos*, pero se hace referencia a “violaciones de los derechos humanos”. Con esto, parecía consagrarse la imposibilidad de declarar la prescripción frente a cualquier supuesto de violación de un derecho humano reconocido en la CADH. Esta interpretación de la prohibición de la prescripción resulta mucho más amplia que la sostenida por la Corte en *Albán Cornejo*, donde se la circunscribe a supuestos de imprescriptibilidad reconocidos en instrumentos internacionales —distintos, claro está, de la CADH—. De este modo, *Albán Cornejo* habría puesto un límite a la doctrina del caso *Bulacio*.

Como se ha dicho al analizar ese caso, *Bulacio* plantea otra línea posible de interpretación basada en la corresponsabilidad del imputado (o de su defensa) en la demora del proceso. En efecto, en dicha sentencia la Corte IDH insinúa (pues no lo afirma ni lo niega con claridad) que la imposibilidad de declarar la prescripción se funda en que el proceso no había podido avanzar con celeridad debido a las reiteradas articulaciones

¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 22 de noviembre de 2007, § 111 (cursivas añadidas). Véase también el caso *Albán Cornejo y otros contra Ecuador*, 5 de agosto de 2008, interpretación de sentencia de fondo, reparaciones y costas, punto V, donde se rechaza la demanda de los representantes de las víctimas dirigida a que la Corte establezca que Ecuador no podría alegar un futuro incumplimiento del deber de investigar y sancionar con base en que ha operado el término de la prescripción extintiva de la acción penal.

procesales de la defensa, que habían llevado a que se planteara la prescripción de la acción penal. En *Albán Cornejo* la Corte nuevamente se refiere al papel del imputado dentro del proceso, pero aquí parece desligarlo de cualquier responsabilidad por su falta de avance. Expresa:

Por otra parte, el imputado no es responsable de velar por la celeridad de la actuación de las autoridades en el desarrollo del proceso penal, ni por la falta de la debida diligencia de las autoridades estatales. No se puede atribuir al imputado en un proceso penal que soporte la carga del retardo en la administración de justicia, lo cual traería como resultado el menoscabo de los derechos que le confiere la ley.²⁰

Este párrafo parece dirigido a cerrar el camino abierto en *Bulacio* y que mereció las críticas de la Corte Suprema argentina.

Sin pretender negar esta interpretación, solo cabe mencionar que existe una diferencia entre los hechos de ambos casos que *podría* ser relevante al comparar las sentencias: en *Bulacio* la Corte señala la conducta activa de la defensa en pos de la demora del proceso; en *Albán Cornejo* el acusado se hallaba prófugo y no tenía intervención procesal. Si bien la mejor interpretación posible de este último fallo es entenderlo como una negación de la senda abierta (o insinuada) en *Bulacio*, no es posible ser totalmente concluyente acerca de que en ningún supuesto la conducta procesal del imputado puede llevar a la Corte a ordenarle a un Estado que lleve a cabo una investigación penal sin posibilidad de aplicar normas sobre prescripción.²¹

Las reflexiones del juez García Ramírez en su voto concurrente también indicarían que en *Albán Cornejo* la Corte IDH pretende aclarar el alcance de la imprescriptibilidad y acotarlo a supuestos excepcionales, referidos a “las más graves violaciones de los derechos humanos”. En su voto, García Ramírez señala la influencia de la jurisprudencia de los tribunales nacionales en la elaboración de criterios jurídicos en materia de protección de los derechos humanos y, en especial, menciona la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina, tribunal que expresamente criticó lo decidido por la Corte IDH en *Bulacio*.²² En este sentido, la sentencia dictada en el caso *Albán Cornejo* parece hacerse

²⁰ *Albán Cornejo*, 22 de noviembre de 2007, § 119.

²¹ Aunque la diferencia entre los hechos de ambos casos podría no ser relevante si se tiene en cuenta que la fuga del imputado también puede ser entendida como una conducta que obstruye el avance del proceso cuando este requiera indefectiblemente su presencia.

²² Sin mencionar expresamente el fallo dictado por la Corte Suprema argentina en el caso *Espósito (Bulacio)*, García Ramírez afirma: “Hay un punto de la sentencia sobre el que conviene llamar la atención. Me refiero a la prescripción de la acción penal para perseguir cierto hecho que implica responsabilidad penal médica (en rigor,

cargo de las críticas de la Corte argentina y bien puede ser leída como una vuelta atrás de la Corte IDH, como un correctivo respecto de lo decidido en *Bulacio*. García Ramírez, sin embargo, no reconoce un cambio de postura de la Corte IDH en *Albán Cornejo* y simplemente afirma:

En mi concepto, la Corte Interamericana avanza en la precisión de su jurisprudencia sobre la materia. No modifica su criterio. Lo precisa o perfila mejor, alentada por una preocupación que recibe de la jurisprudencia interna.

Si bien la afirmación de que no existe un cambio de postura puede dejar instalada alguna duda acerca de cuál es en definitiva el criterio de la Corte IDH, la línea argumental de *Albán Cornejo* es auspiciosa en tanto parece acotar la imprescriptibilidad a los límites propios del derecho penal internacional o de instrumentos de protección de los derechos humanos que establezcan expresamente la inaplicabilidad de normas de prescripción frente a ciertas conductas graves.

3. Conclusión

Es posible reconocer tres momentos principales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana que se ha referido a la imposibilidad de aplicar normas de prescripción de la acción penal frente a hechos violatorios de derechos humanos reconocidos en la CADH.

El momento inicial surge a partir del fallo *Barrios Altos*, donde la Corte IDH enuncia, sin aportar mayores fundamentos, la incompatibilidad con la CADH de las disposiciones de prescripción que impidan la investigación y la sanción de los responsables de las *violaciones graves de los derechos humanos*. El contenido concreto de esta

prescripción de la pretensión punitiva). Al reflexionar sobre esta materia es preciso traer a cuentas lo que la prescripción significa en el espacio de las defensas del inculpado, y por lo tanto de sus derechos sustantivos y/o procesales, y las reflexiones que a este respecto ha adelantado, de manera sugerente y constructiva, la meditación jurisprudencial de la Corte Suprema de Argentina. La armonización del ordenamiento continental sobre derechos humanos, en defensa de estos, debiera ser el fruto de un diálogo con signo tutelar hacia el que fluyan las aportaciones de la jurisdicción internacional y de la jurisdicción nacional. La construcción del *corpus juris* y sus aplicaciones es el producto del pensamiento colectivo, expresión, a su vez, de convicciones, valores, principios y trabajos compartidos. Todos concurren a definir y consolidar las definiciones de la cultura común en materia de derechos humanos. De ahí que sean altamente bienvenidas, por parte de un tribunal internacional, las reflexiones de un tribunal interno" (cf. § 25 y 26 de su voto).

expresión y sus límites no fueron fijados por la Corte, que se conformó con una ejemplificación de conductas:

[...] tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.²³

Un segundo momento está marcado por el fallo *Bulacio*, en el que la Corte IDH parece ampliar la inadmisibilidad de normas de prescripción a todo caso en que el delito cuya investigación se reclama al Estado haya implicado la violación de algún derecho humano. Asimismo, ciertas consideraciones de la Corte en esa sentencia insinúan la posibilidad de que la prescripción pueda ser dejada de lado frente a supuestos en que la defensa del acusado haya demorado el proceso mediante articulaciones interpuestas con esa finalidad.

El tercer momento surge a partir del fallo *Almonacid Arellano* y se consolida en *Albán Cornejo*. En esas sentencias la Corte IDH funda la imposibilidad de aplicar normas de prescripción recurriendo a la vigencia de la regla de la imprescriptibilidad en el derecho internacional general. Más allá de ciertas críticas que podrían formularse al tratamiento de esta cuestión por la Corte, debe reconocerse que el recurso al derecho internacional general para fundar una restricción al ámbito de libertad de los estados para aplicar normas (de prescripción en este caso) en su ámbito interno parece un procedimiento admisible para una corte internacional. Si existe una obligación de investigar y sancionar penalmente graves violaciones de los derechos humanos, es lógico que la Corte, al determinar el contenido concreto de esa obligación, recoja lo que disponen al respecto las normas de derecho internacional general.²⁴ Si bien pueden plantearse discrepancias en cuanto al momento en que la regla de la imprescriptibilidad se consolida como norma de derecho internacional general (cuestión que podría ser relevante frente a muchos de los casos tratados por la Corte IDH), no hay duda de que actualmente goza del reconocimiento universal.²⁵ No parece entonces cuestionable que la Corte exija a los

²³ Cf. § 41 de la sentencia dictada en *Barrios Altos*.

²⁴ Con mayor razón si han alcanzado el rango de normas *ius cogens*, dado que estas no admiten acuerdo en contrario, ni pueden ser dejadas de lado por el hecho de que el Estado se haya opuesto sistemáticamente a la formación de la norma ("objector persistente") como sucede, en cambio, con la costumbre internacional.

²⁵ Actualmente más de 125 países han ratificado al menos uno de los tratados que consagran la regla de la imprescriptibilidad si se tienen en cuenta las convenciones sobre imprescriptibilidad de 1968 y de 1974 y el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. A ello debe agregarse que un gran número de países ya ha

estados la no aplicación de normas de prescripción frente a supuestos de crímenes de derecho internacional alcanzados por la regla de imprescriptibilidad. Lo mismo puede decirse en relación con tratados vinculantes para los estados de la región que también prevean restricciones a la prescripción.

Las últimas sentencias de la Corte IDH dejan poco espacio para un regreso a la tesis amplia sostenida en *Bulacio* también en lo que se refiere a la posible restricción de la aplicación de normas de prescripción basada en la conducta procesal del acusado o de su defensa técnica.

De este modo, el final del recorrido sitúa a la jurisprudencia de la Corte IDH en su punto más aceptable. Sin embargo, se trata de una jurisprudencia relativamente reciente y no puede considerarse ya consolidada. Habrá que ver, entonces, si esta línea jurisprudencial se mantiene invariable en los próximos años o si, en cambio, la Corte asume otros supuestos de inadmisibilidad de normas de prescripción.

incorporado esa regla a su legislación nacional y muchos están en ese proceso, especialmente con motivo de la implementación del Estatuto de Roma en los diversos Estados partes.

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

Elizabeth Santalla Vargas

RESUMEN. La influencia recíproca entre las áreas relevantes del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en distintos ámbitos. No obstante la disparidad de estándares, en particular en lo concerniente a la distinción entre tortura y otros tratos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de tortura ha sido particularmente innovadora respecto a privaciones de libertad, desaparición forzada de personas, amenazas de tortura y ejecuciones extrajudiciales. En el ámbito de la responsabilidad penal individual por tortura, la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ad hoc ha contribuido a expandirla respecto de agentes no estatales, si bien mantiene el elemento de finalidad o propósito. En el marco del ECPI, aunque el crimen de tortura alcanza también a agentes no estatales tanto en carácter de crimen de lesa humanidad como de crimen de guerra, solo en el último caso mantiene el elemento de la finalidad o propósito, cuya coherencia resulta cuestionable. La emergente jurisprudencia de la CPI a tiempo de la confirmación de los cargos presenta aspectos de interés en cuanto a la interpretación del crimen de tortura y de los otros tratos en su formulación actual.

ABSTRACT. In cases of torture and similar forms of treatment, the reciprocal influence between the relevant fields of international law is hampered by the varying concepts of torture and the degree to which it is forbidden in different settings. Despite differing standards, particularly with respect to the definition of torture and other forms of treatment, the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights on torture has been particularly innovative with regard to deprivation of freedom, the enforced disappearance of persons, the threat of torture and extrajudicial execution. In the field of individual criminal liability for torture, the jurisprudence of

the ad hoc international criminal tribunals has expanded it to non-state agents, although the element of prohibited purpose is maintained. Within the framework of the Rome Statute, although the crime of torture also includes non-state agents, as a crime against humanity or a war crime, the element of purpose is only required in the latter case, which is of questionable consistency. The emerging jurisprudence of the ICC in its decisions on confirmation of charges is particularly interesting with regard to its interpretation of the crime of torture and other forms of treatment according to their current wording.

El caso de la tortura y los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (de aquí en adelante: *otros tratos*) es emblemático respecto de las convergencias y divergencias subyacentes en las relaciones entre los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional. La reconocida influencia recíproca entre dichas áreas del derecho internacional presenta en el caso de la tortura y los otros tratos importantes fisuras que devienen, en parte, de la diversidad de las nociones de tortura y del alcance de su prohibición en los ámbitos en cuestión. Dicha variedad de nociones podría tener un impacto en la prohibición categórica en el derecho internacional¹ de la tortura y de los otros tratos —reputada como una norma de *jus cogens* por quienes sostienen dicha doctrina,² entre ellos la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos

¹ A. Cullen: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", en *California Western International Law Journal*, n.º 34, 2003, pp. 30-31, citando la sentencia del TPIY en *Furundžija*, Sala de Primera Instancia (IT-95-17/I-T), de 10 de diciembre de 1998, § 144 y 153, que de manera inicial estableció el carácter de *jus cogens* de la prohibición de tortura. Para una de las primeras críticas de la categoría de *jus cogens*, véase A. D'Amato, "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cogens" (1990), *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n.º 1, pp. 1-6.

² Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, cit., § 143; *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 92; *Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala*, sentencia del 29 de abril de 2004, voto razonado del juez Cançado Trindade, § 29; *Hermanos Gómez Paquiyauri contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 112. Cabe notar que la referencia al *jus cogens* se efectúa en estos casos solo en relación con la tortura, mas no a los otros tratos. Al respecto, Galdámez Zelada apunta que no existe aún consenso en la doctrina acerca de la pertenencia de los otros tratos a la categoría de *jus cogens* (Liliana Galdámez Zelada: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4[2] *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006, p. 691). Sin embargo, en *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 100, la Corte Interamericana estableció el carácter de *jus cogens* también respecto de los otros tratos.

(de aquí en adelante: Corte IDH),³ pero probablemente de mayor importancia por la protección de la dignidad humana, que constituye su razón de ser—,⁴ a tiempo de su aplicación práctica.

El presente análisis parte del alcance de la prohibición que emana del derecho convencional y jurisprudencial en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, centrándose en una muestra selectiva de distintas sentencias de la Corte IDH⁵ que a juicio de la autora resultan relevantes para el objeto de estudio, por un lado y, por otro, considerando someramente el abordaje en el marco de los tribunales penales internacionales *ad hoc*. Posteriormente analiza el desarrollo convencional en el Estatuto de Roma (ECPI) y el emergente desarrollo jurisprudencial de la Corte Penal Internacional (CPI).

1 ● La metamorfosis del concepto y la prohibición de tortura en el derecho convencional

La definición y prohibición de la tortura (del latín *torquere*, ‘ejercer torsión’) y otros tratos prohibidos en el ámbito de los derechos humanos se acuñó inicialmente en el *soft law*. En efecto, ya la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948 plasmó la prohibición de la tortura y de las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en su artículo 5. Por su parte, la definición que plantea la Convención de la ONU Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (CT-ONU), de 1984,⁶ piedra angular del derecho convencional de los derechos humanos,

³ K. Ambos: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, en *Journal of International Criminal Justice*, n.º 6, 2008, pp. 268-269.

⁴ “A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término ‘tortura’ todo acto por el cual se inflijan intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán tortura los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

⁵ Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452, del 9 de diciembre de 1975.

⁶ Mientras que la Declaración excluyó de la prohibición los sufrimientos inherentes a la imposición de una pena privativa de libertad, la Convención plasmó una fórmula más amplia al referirse a sanciones legítimas en general.

se formuló sobre la base de la definición incluida en la Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes,⁷ que consideró la tortura contraria a los propósitos de la Carta de la ONU (artículo 2). Con sutiles diferencias, en particular en lo que concierne al alcance de las penas prohibidas en la definición,⁸ la CT-ONU confinó la prohibición respecto de los funcionarios públicos (u otra persona en el ejercicio de funciones públicas) y de los móviles de su comisión, esto es, la obtención de información o confesión, el castigo por un hecho cometido o supuestamente cometido, la intimidación o coacción, o en razón de cualquier tipo de discriminación.⁹ Dicha caracterización de la tortura, en particular el requerimiento de móviles y de un sujeto activo calificado, devino de la edad media, cuando los fiscales torturaban a los sospechosos y testigos a fin de obtener confesiones y testimonios, incluso de manera autorizada por la propia legislación.¹⁰ En ese contexto, la tortura constituía una forma de asegurar la prueba en los sistemas inquisitivos, lo que habría dado lugar a tratar de manera aislada la prohibición de otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Posteriormente, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), de 1985, amplió la definición omitiendo la referencia específica a la gravedad del daño, considerando la posibilidad de cualquier móvil e incluyendo los “[...] métodos tendentes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica” (artículo 2). Asimismo, el sujeto activo del delito de tortura —nótese que la CIPST hace referencia explícita al carácter delictivo de la prohibición— queda ampliado a cualquier persona siempre que actúe por instigación de un funcionario o empleado público (artículo 3). De esta manera, la CIPST amplía tímidamente el alcance de la prohibición de tortura respecto de cualquier individuo siempre y cuando este actúe en relación con un funcionario público e incorpora que las órdenes superiores no constituyen eximente de responsabilidad penal —entre otros aspectos de carácter penal, como las bases jurisdiccionales—. Así, puede considerarse que la CIPST es un claro ejemplo de un instrumento de derechos humanos con directa influencia del derecho penal internacional.

⁷ Las causales de discriminación son añadidas con relación a la definición de la Declaración.

⁸ Al respecto. C. Burchard: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 160.

⁹ Cabe apuntar que la prohibición de tortura es ciertamente contraria al principio de trato humano a los prisioneros de guerra y a los civiles, ya recogida en la Convención de la Haya sobre las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre de 1907.

¹⁰ Convenio I, artículo 12.

Pero, curiosamente, la prohibición de tortura en el derecho convencional se plasmó inicialmente en el derecho internacional humanitario —derecho considerado de excepción aplicable respecto de los conflictos armados, a diferencia de los derechos humanos, aplicables en todo momento y circunstancia—. En efecto, en el derecho convencional contemporáneo¹¹ la tortura quedó prohibida por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 respecto de las personas protegidas por estos: combatientes heridos y enfermos en terreno;¹² combatientes heridos, enfermos y náufragos en el mar;¹³ prisioneros de guerra¹⁴ y civiles en poder de una parte en conflicto o de una potencia ocupante de la que no son nacionales.¹⁵ Adicionalmente, el Protocolo adicional I (1977) refrendó la prohibición en el ámbito del conflicto armado internacional (artículo 75). Sin embargo, la amplia prohibición de la tortura en el derecho internacional humanitario convencional —que alcanza también de manera expresa el ámbito del conflicto armado no internacional con relación a quienes no participan directamente en las hostilidades (incluidos los miembros de las fuerzas armadas que han depuesto las armas o aquellos puestos fuera de combate [*hors de combat*] por heridas, enfermedad, detención u otra causa)—¹⁶ no se formuló a la par de una definición del concepto de tortura,¹⁷ el cual empezaría a perfilarse posteriormente, a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos convencional.

Es así que no resulta sorprendente que el crucial proceso de criminalización de la tortura como una infracción grave a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y una violación grave (en el ámbito del conflicto armado no internacional) implicara dificultades particulares para dicho proceso respecto de otras violaciones al derecho internacional humanitario, aspecto que se aborda colateralmente más adelante.

¹¹ Convenio II, artículo 12.

¹² Convenio III, artículos 13-14.

¹³ Convenio IV, artículos 27, 32.

¹⁴ Véase el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el Protocolo adicional II, artículo 4.

¹⁵ Al respecto, R. Lord: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.

¹⁶ Para una síntesis general de la jurisprudencia saliente de la Corte Interamericana, véase O. Huertas Díaz et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.

¹⁷ J. Lantrip: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999, pp. 554-555.

2. Responsabilidad internacional por violaciones a la prohibición de tortura y otros tratos en el marco del sistema interamericano

No obstante la diversidad que presenta el régimen general de prohibición de la tortura en el derecho internacional, puede considerarse que los estados latinoamericanos parte de las mencionadas convenciones sobre la materia asumen principalmente las obligaciones convencionales de prohibición, sanción y prevención de la comisión de tortura y otros tratos. Este amplio espectro de obligaciones genera, *vis-à-vis* el bagaje conceptual que presenta la tortura en las distintas áreas del derecho internacional, problemáticas particulares al momento de criminalizarla, aspecto que, no obstante, cae fuera del alcance de este informe.

Lo que interesa aquí es resaltar los aspectos salientes de la jurisprudencia¹⁸ de la Corte IDH en los casos emblemáticos que ameritaron la determinación de responsabilidad del Estado por casos de tortura y otros tratos en lo que concierne a la interpretación del artículo 5¹⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), de 1969, que en su segundo numeral recoge la prohibición de sometimiento a torturas o penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes como parte del derecho a la integridad personal que, de manera global, abarca la integridad física, psíquica y moral (párrafo 1). Al interpretar ambos componentes del artículo 5 en correlación, el espectro de protección resulta bastante amplio y puede abarcar cualquier forma de tortura.²⁰ En general, en los casos de tortura y de los otros tratos, la Corte IDH no solo ha determinado la violación al artículo 5.2 de la CADH, sino también al derecho a la integridad física y moral,²¹ asumiendo una perspectiva más global desde el espectro del bien jurídicamente tutelado en la CADH.

Como apunta Canosa Usera, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de tortura sigue en gran parte la elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y ha sido particularmente innovadora en materia de privaciones de libertad y de desaparición forzada de personas.²² Adicionalmente, las determinaciones en los casos

¹⁸ R. Canosa Usera: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 24.

²⁰ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, § 187.

²¹ Corte IDH, *Godínez Cruz contra Honduras*, sentencia del 20 de enero de 1989, § 164.

²² Lantrip: o. cit (nota 20), p. 556.

que entrañaban amenazas de tortura y los relacionados con ejecuciones extrajudiciales resultan también notorios en la jurisprudencia de la Corte IDH.

2.1. Desaparición forzada de personas

En la etapa inicial de la jurisprudencia de la Corte IDH sobre casos de desaparición forzada de personas, la interpretación del artículo 5 dio lugar a determinar una *presunta violación* a partir de la constatación del hecho de la desaparición, incluso sin ninguna evidencia directa de violación a la integridad física, bajo el racional de los efectos psicológicos y morales que emanan de la incomunicación y de aislamientos prolongados, tratos que resultan inherentes al caso de desaparición forzada de personas. El primer caso adjudicado por la Corte IDH sobre desapariciones forzadas, *Velásquez Rodríguez contra Honduras*, fue elocuente al respecto:

La desaparición de Manfredo Velásquez es violatoria del derecho a la integridad personal reconocido en el artículo 5 de la Convención. En primer lugar porque el solo hecho del aislamiento prolongado y de la incomunicación coactiva, representa un tratamiento cruel e inhumano que lesiona la integridad psíquica y moral de la persona y el derecho de todo detenido a un trato respetuoso de su dignidad, en contradicción con los párrafos 1 y 2 del citado artículo.²³

Así también, en *Godínez-Cruz* la Corte IDH, siguiendo el mismo racional, determinó la existencia de una violación a la integridad psíquica y moral. Adicionalmente, estableció que en los casos de desaparición forzada de personas es común que las víctimas que recuperan su libertad sean sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, lo que constituye también una violación al derecho a la integridad física.²⁴

Sin embargo, como apunta Lantrip,²⁵ en otros casos posteriores de desaparición forzada la Corte IDH no determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante,²⁶ con lo que se apartó de la formulación inicial del *test* de presunción de violación del

²³ Véase por ejemplo, Corte IDH, *Caballero-Delgado y Santana contra Colombia*, sentencia del 8 de diciembre de 1995, donde la Corte IDH no consideró la existencia de violación al artículo 5 al no haberse probado que el desaparecido hubiera sido sometido a torturas u otros tratos, determinando sin embargo la violación al derecho a la vida. Así también, *Castillo Paez contra Perú*, sentencia del 3 de noviembre de 1997.

²⁴ Corte IDH, *Paniagua Morales contra Guatemala*, sentencia del 8 de marzo de 1998.

²⁵ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 557.

²⁶ Corte IDH, *Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 100.

artículo 5 en casos que entrañan aislamiento prolongado e incomunicación.²⁷ Es más, la existencia comprobada de aislamiento y maltrato de detenidos no ameritó la aplicación del *test* de presunción; más bien la Corte IDH se basó en la evidencia médica, estrategia problemática si se tiene en cuenta que no en todos los casos de tortura, inclusive los físicos, es posible contar con ese tipo de prueba.²⁸ En efecto, como excepcionales pueden considerarse los casos de desaparición forzada en que los restos mortales de la víctima son hallados. Dicha situación se presentó en *Humberto Sánchez contra Honduras*, caso en el cual la condición en que se encontraron los restos mortales del desaparecido justificaron la calificación de tortura por la Corte IDH.²⁹ Probablemente, el caso *Gangaram Panday* ejerció cierta influencia en dicho viraje al determinar que la naturaleza arbitraria de la detención, por sí sola, no ameritaba la presunción de violación del artículo 5.1 y 5.2.³⁰

Esta línea más “estricta” de interpretación en los casos de desaparición forzada habría repercutido en el TEDH, que en *Kurt contra Turquía* no consideró que la desaparición del hijo de la demandante constituyera una violación del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) con relación al desaparecido, al no haberse aportado prueba específica de que este hubiese sido objeto de tortura u otros tratos, ni tampoco respecto a la existencia de una práctica de desaparición forzada tolerada por el gobierno y de tratos inhumanos en detención.³¹ Es más, el TEDH juzgó innecesario, tratándose de un caso de presunta desaparición y ante la inexistencia de prueba de tortura y otros tratos, considerar la violación al artículo 3 de la CEDH de manera autónoma (al igual que al artículo 2: derecho a la vida), y lo subsumió en el análisis de la violación al derecho a la libertad y seguridad personal (artículo 5 de la CEDH).³² Sin embargo, el TEDH admitió la existencia de violación al artículo 3 de la CEDH respecto de la demandante —la madre del desaparecido—, considerando que la prolongada situación de incertidumbre sobre la suerte y el paradero de su hijo constituía

²⁷ Corte IDH, *Gangaram Panday contra Suriname*, sentencia del 21 de enero de 1994. El caso implicó el suicidio del demandante mientras permanecía en detención considerada ilegal y arbitraria por la propia Corte Interamericana.

²⁸ TEDH, *Kurt contra Turquía*, sentencia del 25 de mayo de 1998, § 116.

²⁹ *Ibidem*, § 117.

³⁰ *Ibidem*, § 133-4. La demandante había invocado la decisión del Comité de la ONU de Derechos Humanos en *Quinteros contra Uruguay*, decisión de 21 de julio de 1983, que estableció que los familiares allegados al desaparecido deben ser considerados también víctimas, *inter alia*, de trato inhumano, § 130.

³¹ Corte IDH, *Blake contra Guatemala*, sentencia del 24 de enero de 1998, § 115-116.

³² Véase, Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, sentencia del 17 de septiembre de 1997, § 57. *Suárez Rosero contra Ecuador*, sentencia del 12 de noviembre de 1997, § 91. También *Villagrán Morales et al. contra Guatemala (Niños de la calle)*, sentencia del 19 de noviembre de 1999, § 164.

trato inhumano de suficiente gravedad como para alcanzar el umbral del artículo 3 de la CEDH.³³ Esta forma de violación, si bien no mencionada en la sentencia del TEDH, había sido determinada por la Corte IDH en el caso *Blake contra Guatemala*, donde estableció que la desaparición y la quema del cuerpo de la víctima causó sufrimiento directo a los familiares, afectó sus vidas y constituyó así una violación del derecho a la integridad personal.³⁴

No obstante, en casos “ordinarios” de incomunicación y aislamiento en la detención, que agravan la vulnerabilidad de la víctima, la Corte IDH consideró la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.³⁵ Es más, en *Suárez Rosero contra Ecuador*, habiendo comprobado la detención en aislamiento e incomunicación y la consiguiente violación a la prohibición de otros tratos, la Corte IDH invirtió la carga de la prueba de modo que el Estado demostrara que las alegaciones de otras violaciones al artículo 5 de la CADH resultaban infundadas.³⁶ Dicha inversión en la carga de la prueba a partir de la determinación del aislamiento resulta en consonancia con la presunción de violación al artículo 5, establecida en los primeros casos sobre desapariciones.³⁷

El giro en la jurisprudencia de la Corte IDH resulta, en consecuencia, cuestionable teniendo en cuenta que los casos de desaparición forzada de personas entrañan, necesariamente, incomunicación y aislamiento en la privación (arbitraria) de la libertad física del desaparecido, casos en los que la recolección de evidencia es, por la naturaleza del ilícito, particularmente difícil, con lo que cobra sentido la presunción inicialmente trazada por la propia Corte IDH.

³³ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit., § 33.

³⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 558.

³⁵ Corte IDH, *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002, § 167. En un caso anterior también contra Trinidad y Tobago, la Corte, a tiempo de pronunciarse sobre la solicitud de medidas provisionales en un caso que involucraba el fenómeno del corredor de la muerte, como apunta Lantrip —o. cit (nota 20), p. 564—, omitió pronunciarse sobre el argumento del Estado en el sentido que la demora de la ejecución implicaba la contravención de límites temporales establecidos internamente para evitar una “penal cruel” que constituiría la propia espera de la ejecución. Véase, James et al.: Orden de 29 de agosto de 1998, Medidas provisionales adoptadas por la Corte Interamericana en el asunto de la República de Trinidad y Tobago.

³⁶ TEDH, *Soering v. UK*, sentencia del 7 de julio de 1989. El TEDH sostuvo que los presos condenados a muerte sufren ansiedad mental grave debido a una variedad de circunstancias, entre las que se incluyen: la manera en la que se impuso la condena, la falta de consideración de las características personales del acusado, la desproporción entre el castigo y el delito cometido, las condiciones de detención mientras espera la ejecución otros factores (traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 133.

³⁷ Corte IDH, *Lori Berenson Mejía contra Perú*, sentencia del 25 de noviembre de 2004, § 101 (resaltado propio).

2.2. Privaciones de libertad física

En lo que concierne a los casos sobre detenciones, una de las situaciones salientes constitutiva de tratos crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte IDH ha sido el fenómeno denominado *corredor de la muerte* (*death row phenomenon*) —angustia provocada por un periodo de detención prolongado en espera de la ejecución de la pena de muerte—,³⁸ siguiendo la línea trazada por el TEDH en *Soering contra Reino Unido*.³⁹

Por otro lado, las condiciones de detención deterioradas o que se encuentran por debajo de los estándares mínimos del trato a detenidos dieron lugar, en el caso *Lori Berenson Mejía*, a la determinación de *pena cruel*. En efecto, la Corte IDH estableció:

[...] las lesiones, sufrimientos, daños a la salud o perjuicios sufridos por una persona mientras se encuentra privada de libertad pueden llegar a constituir una forma de *pena cruel* cuando, debido a las condiciones de encierro, exista un deterioro de la integridad física, psíquica y moral, que está estrictamente prohibido por el inciso 2 del artículo 5 de la Convención.⁴⁰

Como se mencionó en la sección precedente, la Corte IDH ha considerado que la incomunicación en la detención puede constituir trato inhumano, toda vez que entraña un acto contrario a la dignidad humana que “[...] puede generar una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral para el detenido”.⁴¹

[...] el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas, la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles.⁴²

En otro caso emblemático de detención ilegal y arbitraria, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, la Corte determinó la existencia de *tortura psíquica* en violaciones al principio *nemo-tenetur* (prohibición de autoincriminación) y en la confesión forzosa de determinadas conductas delictivas.⁴³ Asimismo, consideró que la angustia moral produ-

³⁸ Corte IDH, *De la Cruz Flores contra Perú*, sentencia del 18 de noviembre de 2004, § 127.

³⁹ *Ibidem*, § 129.

⁴⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, sentencia del 27 de noviembre de 2003, § 93.

⁴¹ *Ibidem*, § 92.

⁴² *Ibidem*, § 94 (resaltado propio).

⁴³ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, sentencia del 7 de junio de 2003, § 98 y 102. También en *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 157-160, 166 y 168.

cida por las amenazas y el peligro real de sometimiento a lesiones físicas puede en ciertos casos considerarse como tortura psicológica o psíquica.⁴⁴ En síntesis, la Corte consideró que los actos denunciados habían sido “preparados e infligidos deliberadamente para *anular la personalidad y desmoralizar a la víctima*, lo que constituye una forma de tortura psicológica”.⁴⁴

2.3. Ejecuciones extrajudiciales

La presunción de la veracidad de las denuncias de tortura u otros tratos se aplicó en los casos de ejecuciones extrajudiciales en los que se había probado la detención ilegal de la víctima por agentes del Estado, así como la existencia de signos de graves malos tratos en sus restos mortales.⁴⁵ La inversión de la carga probatoria en estos casos se fundamenta en el control absoluto que ejercen los funcionarios estatales sobre la víctima, aún más contundente cuando puede demostrarse la existencia de una línea de conducta estatal de tortura a detenidos.⁴⁶

2.4. Distinción entre tortura y otros tratos

Siguiendo la tendencia del TEDH iniciada con la controvertida⁴⁵ decisión en *Irlanda contra Reino Unido*, que atribuyó a la tortura un “estigma” especial para los casos que intencionalmente infligen un sufrimiento muy grave y cruel,⁴⁶ la Corte IDH aplicó el *test* de la gravedad para distinguir entre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.⁴⁷ Sin embargo, los criterios de valoración desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH no parecen constantes. En los casos que entrañan una situación amenazante o de amenazas de tortura, la aplicación del criterio de gravedad condujo a calificaciones disímiles. Así por ejemplo, en *Niños de la calle* la Corte IDH determinó:

Durante el tiempo de su retención los cuatro jóvenes permanecieron aislados del mundo exterior y seguramente estaban conscientes de que sus vidas corrían grave peligro. Es razo-

⁴⁴ Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez contra Honduras*, loc. cit. (nota 46), § 97; *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 167 y 170.

⁴⁵ Por ejemplo, Cullen: o. cit. (nota 2).

⁴⁶ TEDH, *Ireland v. UK*, sentencia de 1978, § 167.

⁴⁷ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 563.

nable inferir que durante esas horas pasaron, por esa sola circunstancia, por una situación de extremo sufrimiento psicológico y moral.⁴⁸

En consecuencia, declaró la existencia de tortura psicológica. Asimismo, en *Cantoral Benavides contra Perú*,⁴⁹ *Maritza Urrutia contra Guatemala*⁵⁰ y *Tibi contra Ecuador*,⁵¹ la Corte IDH consideró que las amenazas o el riesgo real e inminente de maltrato físico habían causado una angustia tan intensa que constituía tortura psicológica. No obstante, en el caso *19 comerciantes*, en el que la Corte IDH determinó que era razonable inferir que el trato que recibieron las víctimas antes de su muerte había sido “agresivo en extremo”, teniendo en cuenta el contexto —que los paramilitares consideraban a los comerciantes como colaboradores de la guerrilla, lo que dado el contexto de violencia en la zona podía interpretarse como una seria amenaza a la vida— y en atención a la brutalidad con que los restos mortales de las víctimas habían sido tratados —lo que la llevó a considerar que las víctimas “pudieron temer y prever que serían privados de su vida de manera arbitraria y violenta”—, determinó la existencia de trato cruel, inhumano y degradante.⁵²

Otro parangón de la aplicación del criterio de gravedad es la constatación de sufrimiento prolongado. En *Paniagua Morales* la Corte IDH determinó la existencia de tortura respecto de las víctimas que habían sido muertas por sus captores, sobre la base de informes de autopsia que revelaban el trato recibido por antes de su muerte,⁵³ y destiló un criterio de *sufrimiento prolongado* en la interpretación de los tratos prohibidos por el artículo 5.⁵⁴ Sin embargo, dicho criterio de *sufrimiento prolongado* habría servido también de fundamento para la determinación de trato cruel e inhumano en *Suárez Rosero contra Ecuador*, que, como se ha mencionado, involucró un caso de detención en incomunicación que se prolongó por 36 días.⁵⁵ En consecuencia, la existencia de sufrimiento prolongado es un elemento común en los casos que ameritaron la determinación de tortura y, por su parte, de otros tratos. Siendo un factor común en ambos casos, la pregunta sobre cuáles resultan ser los estándares de distinción entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH se revierte al análisis (casuístico) de la gravedad de

⁴⁸ Corte IDH, *Niños de la calle*, loc. cit. (nota 35), § 163; también § 157.

⁴⁹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, sentencia del 18 de agosto de 2000, § 102.

⁵⁰ Corte IDH, *Maritza Urrutia contra Guatemala*, loc. cit. (nota 43), § 92.

⁵¹ Corte IDH, *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 147.

⁵² Corte IDH, *19 Comerciantes contra Colombia*, sentencia del 5 de julio de 2004, § 150.

⁵³ Corte IDH, *Paniagua Morales*, loc. cit. (nota 27).

⁵⁴ Lantrip: o. cit (nota 20), p. 565.

⁵⁵ Corte IDH, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 37.

los hechos, que se valoraría conforme la sana crítica de la Corte IDH según los factores endógenos y exógenos demostrados en cada situación en concreto.⁵⁶

El caso de las penas corporales por flagelación ameritó la determinación de tortura física, en atención a la extrema gravedad y el grado de intensidad del sufrimiento físico y mental provocado por la pena misma y las circunstancias que rodearon su imposición: angustia, estrés, miedo durante la espera, observancia del sufrimiento de otros prisioneros que habían sido flagelados, etcétera.⁵⁷ En términos generales, la Corte IDH estableció:

[...] las penas corporales por medio de flagelación constituyen una forma de tortura y, en consecuencia, una violación per se del derecho de cualquier persona sometida a la misma a que se respete su integridad física, psíquica y mental, en los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención.⁵⁸

Siguiendo la jurisprudencia del TEDH, en el caso *Loayza Tamayo contra Perú* la Corte IDH distinguió entre trato inhumano y degradante. Correspondientes a la primera categoría consideró los interrogatorios acompañados de perturbaciones psíquicas y a la segunda los actos capaces de infundir “un sentimiento de miedo, ansia e inferioridad con el fin de humillar, degradar y de romper la resistencia física y moral de la víctima”.⁵⁹ Esta distinción, sin embargo, no se habría replicado en *Castillo Petruzzi contra Perú*, donde las condiciones de detención impuestas como consecuencia de la legislación antiterrorista del Perú ameritaron la determinación (genérica) de tratos crueles, inhumanos o degradantes.⁶⁰ Lo propio ocurrió en *Cantoral Benavides contra Perú*, donde la Corte IDH reitera que las condiciones de reclusión deben ser compatibles con la dignidad personal, y citando la jurisprudencia del TEDH reconoce que se “ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura”,⁶¹ del que resulta absolutamente prohibida cualquier violación a la integridad personal.⁶² Este enfoque parecería tornar superflua la distinción entre los tratos prohibidos. Sin embargo, en la misma sentencia, la Corte IDH, concordando con el TEDH, estableció:

⁵⁶ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁵⁷ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, sentencia del 11 de marzo de 2005, § 88.

⁵⁸ *Ibidem*, § 73.

⁵⁹ Corte IDH, *Loayza Tamayo contra Perú*, loc. cit. (nota 35), § 57.

⁶⁰ Corte IDH, *Castillo Petruzzi contra Perú*, sentencia del 30 de mayo de 1999, § 198.

⁶¹ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 103.

⁶² Galdámez Zelada: o. cit. (nota 3), p. 676.

[...] ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigencias de protección de los derechos y de las libertades fundamentales, debe corresponder mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas.⁶³

Denotando la importancia de distinguir entre la tortura y los otros tratos, en *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, más allá de ratificar la absoluta prohibición (en cualquier circunstancia) tanto de la tortura como de los otros tratos, la Corte IDH se abocó a analizar la calificación de los hechos probados durante el proceso a fin de determinar si los abusos demandados constituían tortura u otros tratos.⁶⁴ En ese cometido, determinó la existencia de tortura física y psicológica con relación a la víctima y de trato inhumano respecto de sus familiares directos, al haber sido víctimas de la desaparición forzada de Bámaca Velásquez. La determinación de tortura se basó en la consideración de que los actos de violencia perpetrados contra la víctima se habían cometido con la finalidad de extraer información relevante para el ejército y de la existencia de sufrimiento prolongado en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso,⁶⁵ es decir, teniendo en cuenta, además de la duración y la finalidad, la gravedad o intensidad del sufrimiento.

Sin embargo, como se ha mencionado, los casos que involucraron condiciones de detención capaces de producir el deterioro de la integridad física, psíquica y moral, tales como el confinamiento prolongado en aislamiento, la detención en celdas en condiciones de hacinamiento, sin luz natural, ventilación insuficiente, falta de un lugar apropiado para dormir, alimentos escasos y horarios de visita restrictivos, ameritaron la determinación de trato cruel, inhumano y degradante.⁶⁶ Resulta por lo menos argumentable que la existencia de sufrimiento prolongado y la gravedad de este en dichas circunstancias sea tan grave como el derivado de los casos inherentes a las desapariciones forzadas, lo que torna muy frágil el estándar de distinción, si no inexistente.

En un caso más reciente, *Campo Algodonero contra México*, concerniente a la desaparición y ejecución de mujeres en el contexto de una política generalizada y

⁶³ Corte IDH, *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 99 (citando a *Selmouni contra Francia*, sentencia del TEDH de 28 de julio de 1999, § 100-1).

⁶⁴ Corte IDH, *Bámaca Velásquez contra Guatemala*, sentencia del 25 de noviembre de 2000, § 154.

⁶⁵ *Ibidem*, § 158.

⁶⁶ Por ejemplo, *Suárez Rosero contra Ecuador*, loc. cit. (nota 35), § 91; *Lori Berenson Mejía contra Perú*, loc. cit. (nota 40), § 106; *Cantoral Benavides contra Perú*, loc. cit. (nota 52), § 85.

sistemática de violencia y discriminación contra mujeres, la Corte IDH calificó como trato degradante el sufrimiento de los familiares (particularmente de las madres) de las víctimas debido a la repentina desaparición de sus hijas, al desconocimiento de su paradero durante un periodo considerable, a la falta de investigación y al tratamiento indiferente y hasta hostil brindado por las autoridades.⁶⁷ Dicha calificación ameritó, sin embargo, la opinión vertida en el voto concurrente de la jueza Medina de desacuerdo con la calificación. La jueza consideró que dicho sufrimiento ameritaba la calificación de tortura⁶⁸ —la misma que hubiera alimentado la “tendencia en cuanto a la responsabilidad de los Estados por actos de tortura cometidos por agentes no estatales”,⁶⁹ teniendo en cuenta que:

[...] la Corte no ha vacilado en otros casos en calificar una conducta como tortura, a menudo sin mencionar las razones por las cuales lo ha hecho, y se advierte que el elemento principal es el de la severidad de la acción y cómo la misma afecta a la víctima. Es la conducta, en general, la que determina la distinción entre tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. La razón de calificar un acto como tortura obedece al mayor estigma que se asigna a este en relación con otros también incompatibles con el artículo 5.2 de la Convención.⁷⁰

Curiosamente, para definir el concepto de tortura la Corte IDH se ha basado, en ciertas ocasiones, en la definición del artículo 2 de la CIPST,⁷¹ que, sin embargo, no considera la gravedad del dolor o sufrimiento (físico o mental) como elemento de la definición.⁷² De modo general, sin embargo, siguiendo a Martín y Rodríguez-Pinzón, puede considerarse que la jurisprudencia de la Corte IDH considera los siguientes tres elementos como constitutivos o inherentes al concepto de tortura:

⁶⁷ *González y otras contra México (Campo Algodonero)*, sentencia del 16 de noviembre de 2009, § 424 y 413.

⁶⁸ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, loc. cit. (nota 70), § 1.

⁶⁹ *Ibidem*, § 20.

⁷⁰ *Ibidem*, § 2.

⁷¹ Por ejemplo, en los casos *Tibi contra Ecuador*, loc. cit. (nota 1), § 145; *Gómez Paquiyari contra Perú*, sentencia del 8 de julio de 2004, § 105.

⁷² “Artículo 2: Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tend[i]entes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.

“No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a estas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

1. que se trate de una acción deliberada o acto intencional;
2. que la víctima sufra dolor o angustia físicos o psicológicos severos;
3. que exista una finalidad por la que aplicar la tortura.⁷³

Dichos elementos constitutivos fueron ratificados en casos más recientes, como *Bueno Alves contra Argentina*, donde se estableció que la finalidad o el propósito de los malos tratos había sido forzar la confesión de la víctima,⁷⁴ y *Bayarri contra Argentina*, donde la Corte IDH subrayó que el fin o propósito puede ser cualquiera (como utilizar tortura para la investigación de delitos), siguiendo su jurisprudencia.⁷⁵

Por su parte, para definir los malos tratos, la Corte IDH recurrió en *Caesar contra Trinidad y Tobago* al derecho penal internacional, para basarse en la definición de trato cruel o inhumano que el TPIY había vertido en *Čelebići*:

[...] toda acción u omisión intencional, deliberada y no accidental, que cause serios sufrimientos físicos o mentales o daños o que constituya un grave ataque contra la dignidad humana.⁷⁶

Al margen de las diferencias sutiles y lingüísticas, al adoptar la definición de *Čelebići* de trato cruel o inhumano, parecería que la Corte IDH asume la distinción entre tortura y otros malos tratos según la existencia de una finalidad o propósito del acto o la omisión en cuestión. Dicha interpretación puede colegirse si se considera que no existe una diferencia sustancial entre *gravedad* y *seriedad*, y en atención a que el ultraje a la dignidad humana existe en cualquier atentado contra la integridad personal, probablemente con diferente intensidad.

Como puede advertirse, resulta difícil colegir parámetros constantes de interpretación del umbral que hace a la determinación de tortura y otros malos tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH, que, no obstante, ha determinado responsabilidades internacionales con relación a una amplia gama de violaciones al derecho a la integridad personal. En todo caso, parecería una constante el elemento subjetivo de gravedad en dicho

⁷³ Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5).

⁷⁴ Corte IDH, *Bueno Alves contra Argentina*, sentencia del 11 de mayo de 2007, § 79 (citando mayor jurisprudencia de la Corte Interamericana al respecto) y § 82.

⁷⁵ Corte IDH, *Bayarri contra Argentina*, sentencia del 30 de octubre de 2008, § 81.

⁷⁶ Corte IDH, *Caesar contra Trinidad y Tobago*, § 68, traducción libre de Martín y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 105.

cometido, siguiendo la línea del TEDH. No obstante, la jurisprudencia no ha definido el alcance de la gravedad en uno y otro caso.⁷⁷

De las sentencias someramente analizadas cabe destacar la particular importancia que reviste la jurisprudencia sentada por la Corte IDH respecto de la tortura psicológica, aquella en relación a los casos de desaparición forzada —al margen de la disparidad de estándares entre sus distintos casos— y de las condiciones de detención ilegales; casos, por cierto, característicos del contexto latinoamericano.

3. La calificación de la tortura en el derecho penal internacional

3.1. Alcance de la tortura en la jurisprudencia de los tribunales ad hoc

La persecución penal internacional contemporánea de la tortura como un crimen de guerra y de lesa humanidad se inicia con los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia (TPIY) y Ruanda (TPIR), cuya jurisprudencia resulta por demás relevante teniendo presente que los estatutos de ambos tribunales no consignaron una definición del crimen en ninguna de ambas esferas.⁷⁸ En el caso del TPIY, se incorporó de manera expresa la tortura o el trato inhumano —incluidos los experimentos biológicos— como una de las infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2.b), esto es, en el ámbito del conflicto armado internacional y la tortura como crimen de lesa humanidad. Los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad fueron incorporados como una cláusula residual (artículo 5.f e i, respectivamente). En el caso del TPIR la formulación de la tortura y los otros actos inhumanos como crímenes de lesa humanidad se recogieron de manera similar que en el Estatuto del TPIY (artículo 3.f e i, respectivamente). Por el contrario, la tortura y los otros tratos como crímenes de guerra en el ámbito del conflicto armado no internacional se formularon de una manera particular, recogiendo esencialmente el lenguaje del

⁷⁷ En la misma línea, Martin y Rodríguez-Pinzón: o. cit. (nota 5), p. 103.

⁷⁸ En realidad los estatutos de los tribunales ad-hoc consignaron un listado de las ofensas que podrían constituir crímenes de guerra o de lesa humanidad, sin establecer definiciones de esas ofensas en general, esto es, no solo en el caso de la tortura y los otros tratos.

derecho humanitario: “Atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor” (artículo 3.e).

En una primera etapa jurisprudencial los tribunales *ad hoc* adoptaron la definición de la CT-ONU, considerando que ella reflejaba costumbre internacional. Esta tendencia fue iniciada por el TPIR en *Akayesu*.⁷⁹ Posteriormente, el TPIY en *Čelebići*⁸⁰ (campo de detención) restringiría el carácter consuetudinario de la definición de tortura de la CT-ONU al ámbito de los derechos humanos, es decir, no vinculante en el ámbito del derecho humanitario:

En el contexto del derecho humanitario este requerimiento debe interpretarse en el sentido de incluir actores armados no estatales partes de un conflicto, de modo que la prohibición [de tortura] mantenga su relevancia en situaciones de conflictos armados no internacionales o en conflictos armados internacionales que involucren la participación de actores no estatales.⁸¹

Esta tendencia fue seguida en *Furundžija*. Unos años después, en *Kunarac et al.*, el TPIY daría un viraje hacia la criminalización de la tortura en un sendero independiente de la CT-ONU, considerando que el carácter consuetudinario de la definición de esta solo alcanzaba el terreno de la responsabilidad internacional de los estados en razón de la naturaleza de la Convención.⁸² Así, en *Kunarac* consideró que la determinación de tortura radica en la naturaleza del acto más que en la calidad del sujeto activo,⁸³ el cual puede alcanzar a miembros de grupos armados no estatales, contratistas militares privados, mercenarios e incluso individuos en su capacidad privada, o sea, sin ninguna

⁷⁹ TPIR, *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, caso n.º TPIR-96-4-T, sentencia de primera instancia de 2 de septiembre de 1998, § 681.

⁸⁰ Para un análisis más detallado de la discusión en este caso, véase Jasper Wauters: “Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

⁸¹ TPIY, *Delalić et al.*, sentencia del 16 de noviembre de 1998, § 473.

⁸² TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia del 22 de febrero de 2001, § 482.

⁸³ *Ibidem*, § 495.

afiliación.⁸⁴ Esta nueva tendencia empezaría a expandirse a subsiguientes casos, principalmente *Kvoka*,⁸⁵ *Krnjelac*,⁸⁶ *Simić*⁸⁷ y *Brdanin*.⁸⁸

Con relación a los elementos constitutivos, que conforme a la jurisprudencia de los tribunales resultan comunes a la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra, pueden identificarse los siguientes aportes en cuanto a la interpretación de la definición de la CT-ONU y más allá de ella. A saber, respectivamente: a) la existencia de daño físico como no indispensable, toda vez que se acepta ampliamente la posibilidad de que “únicamente” se produzca daño mental; b) la posibilidad de comisión por omisión de la tortura. En consecuencia el *actus reus* radica, conforme a la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, en infligir —por acción u omisión— dolores o sufrimientos *graves*, ya sean físicos o mentales.⁸⁹

En cuanto a la carga de la prueba, el umbral anterior ha sido interpretado en el sentido de existir *ipso facto* una vez que se ha probado la existencia de la conducta que por sí misma implica dolores o sufrimientos graves. En ese sentido, casos que implican la mutilación de partes corporales o la violación, por ejemplo, constituyen conductas de tortura *per se*, y en consecuencia no se requieren certificados médicos que demuestren la naturaleza del daño⁹⁰ —requerimiento que normalmente se presenta en los sistemas nacionales—. En efecto, la consideración de la violación como un acto que automáticamente alcanza el espectro de severidad de la tortura ha constituido uno de los aportes jurisprudenciales más importantes del TPIY.⁹¹

Otros actos, sin embargo, son capaces de constituir tortura si presentan *suficiente gravedad* conforme a las circunstancias de su comisión, consideración que se desprende de un análisis casuístico sobre la base de factores objetivos y subjetivos. Burchard sintetiza dichos factores en la discusión emergente de diversos casos: la naturaleza, la consistencia y el contexto del dolor o sufrimiento, incluido el periodo del tratamiento; la condición física y mental de la víctima, incluidos factores tales como la edad, el sexo, el estado de salud, así como la posición de inferioridad de la víctima.⁹² En ese marco, se

⁸⁴ S. Sivakumaran: “Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals”, 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005, p. 545.

⁸⁵ TPIY, *Kvoka et al.*, sentencia del 2 de noviembre de 2001, § 139.

⁸⁶ TPIY, *Krnjelac*, sentencia del 15 de marzo de 2002, § 187.

⁸⁷ TPIY, *Simić et al.*, sentencia del 17 de octubre de 2003, § 82.

⁸⁸ TPIY, *Brdanin*, sentencia del 1 de septiembre de 2004, § 488-9.

⁸⁹ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 163-64.

⁹⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85).

⁹¹ Dicha postura fue esencialmente adoptada en *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002 y posteriormente en *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio I del 1 de septiembre de 2004.

⁹² Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 165.

ha determinado que el daño permanente no es un requerimiento para la existencia de tortura, sino que el daño temporal es suficiente, así como tampoco resulta necesaria la existencia de huellas visibles del daño ni de una duración considerable de este.

Por su parte, la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* ha considerado que la *mens rea* de la tortura implica que el acto o la omisión sean intencionales, siendo irrelevante el motivo⁹³ que conduzca a infligir (intencionalmente) los dolores o sufrimientos graves.⁹⁴ Esto implica la necesaria consideración, por parte del sujeto activo, de las condiciones físicas de la víctima en el momento de la comisión de la conducta, su edad, sexo y estado mental.⁹⁵

3.1.1. ¿Tortura solamente si se comete por agentes estatales o en relación con ellos?

La tradicional caracterización de la tortura como un delito propio cometido por funcionarios públicos o agentes estatales —o a instigación de estos— se remonta a la definición planteada por la CT-ONU, de 1984, y la CIPST, de 1985, respectivamente. Si bien sirvió de base para la construcción del tipo en el ámbito de los tribunales *ad hoc*, dicho requerimiento fue paulatinamente abandonado por su jurisprudencia, como se ha mencionado.

Así, en *Čelebići*, partiendo de nociones del derecho internacional humanitario —y apartándose de la proposición del fiscal, que consideraba necesario el requerimiento del agente estatal—, se optó por la consideración delictiva de agentes no estatales de modo que la prohibición de tortura persistiera en situaciones de conflicto armado no internacional y de conflictos armados internacionales que involucran la actuación de actores no estatales.⁹⁶ Sin embargo, en *Furundžija* el TPIY consideró que la definición de tortura requería la comisión por un funcionario público o al menos la participación en capacidad *no* privada.⁹⁷ Posteriormente, *Kunarac et al.* retomaría y ampliaría la línea de *Čelebići*, considerando que la CT-ONU tenía una aplicación solo interestatal y que la definición establecida en ella había sido concebida solo para su aplicación en el contexto de la Convención. En consecuencia, *Kunarac* confirmó la innecesaria existencia

⁹³ Cabe distinguir entre motivo y propósito.

⁹⁴ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 167-68, citando principalmente *Kunarac et al.*, sentencia de apelación del 20 de junio de 2002.

⁹⁵ Wauters: o. cit. (nota 83), p. 159.

⁹⁶ TPIY, *Delalić et al.* (*Čelebići*), sentencia de la Sala de Juicio del 16 de noviembre de 1998.

⁹⁷ TPIY, *Furundžija*, sentencia de la Sala de Juicio del 10 de diciembre de 1998.

de agentes estatales para la determinación de tortura desde la perspectiva del derecho internacional humanitario,⁹⁸ lo que dio lugar a la consideración de la tortura sobre la base de la conducta, independientemente de la calidad del sujeto activo en el marco de un conflicto armado y denotó una importante fisura en la definición de tortura en el derecho internacional humanitario y los derechos humanos.⁹⁹ Dicha interpretación fue posteriormente adoptada en *Krnojelac*, válida tanto para crímenes de guerra como de lesa humanidad.¹⁰⁰

Como apunta Lord,¹⁰¹ la aparente disparidad de interpretaciones que trasluce de los casos anteriores fue opacada por la Sala de Apelaciones, que explicó que Furundžija había actuado como miembro de las fuerzas armadas involucradas en el conflicto y no en una capacidad privada. Sin embargo, puede concluirse que los tres casos aceptan la posibilidad de tortura con agentes no estatales con ciertos matices. En tanto que en *Delalić* y *Furundžija* se requiere que los agentes no estatales actúen “con capacidad oficial” —es decir, para una entidad que presente ciertas características similares a las de un estado—, en *Kunarac* se acepta que la tortura pueda cometerse por individuos privados en violación al derecho humanitario, al margen de cualquier capacidad oficial.¹⁰² Esta interpretación encuentra su correlato en la misma formulación y espíritu del derecho humanitario convencional. Así por ejemplo, el comentario oficial al artículo 4 del Protocolo Adicional II (1977) estableció: “[...] el acto de tortura es reprochable en sí mismo, al margen del sujeto activo, y no puede justificarse bajo ninguna circunstancia”.¹⁰³

3.1.2. *Apreciación particular de los otros tratos*

La distinción que han hecho los tribunales *ad hoc* entre la tortura y los otros tratos inhumanos o degradantes constituye un claro ejemplo de la influencia que el derecho internacional de los derechos humanos ha tenido en la jurisprudencia del derecho penal internacional. En efecto, sobre la base de la jurisprudencia del TEDH, el TPIY en *Krnojelac* estableció que la tortura constituye una forma de maltrato agravado.¹⁰⁴ La

⁹⁸ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio del 22 de febrero de 2001.

⁹⁹ Para una crítica sobre dicha interpretación jurisprudencial, véase Burchard: o. cit. (nota 10).

¹⁰⁰ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio del 15 de marzo de 2002.

¹⁰¹ Lord: o. cit. (nota 17).

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ CICR: *Comentarios a los Protocolos adicionales*, del 8 de junio de 1977, p. 1373.

¹⁰⁴ TPIY, *Krnojelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002. De manera similar, *Brdanin*, sentencia de la Sala de Juicio de 1 de septiembre de 2004.

transposición de la jurisprudencia del TEDH —emanada en el marco de los derechos humanos— al ámbito del derecho humanitario se justificó sobre la base de que ambos cuerpos del derecho internacional comparten criterios comunes respecto a la intensidad del dolor o sufrimiento.¹⁰⁵ Siguiendo esa línea, la Sala de Juicio en *Martić* confirmó que el dolor o sufrimiento en el crimen de *trato cruel* no requiere la misma intensidad que el que conlleva la tortura.¹⁰⁶ Esta posición, sin embargo, ha provocado la crítica precisamente desde el ángulo de los derechos humanos.¹⁰⁷ Resulta difícil trazar una clara demarcación, más aún si se considera que todos los métodos de tortura implican un trato cruel, inhumano y degradante.¹⁰⁸

Otro aspecto de la jurisprudencia que ha marcado la distinción entre la tortura y los otros tratos es la caracterización de la tortura como un *crimen de intención*, y la consideración de que tal requerimiento emana del derecho internacional consuetudinario principalmente recogido en la CT-ONU.¹⁰⁹ En consecuencia, solamente la conducta dirigida a conseguir los fines enunciados en la definición de tortura de la CT-ONU —la obtención de información o de confesión, o como forma de castigo, intimidación o coacción de la víctima o de una tercera persona, o por razones discriminatorias— constituye tortura conforme al derecho consuetudinario. Esta fue precisamente la visión recogida en *Akayesu*.¹¹⁰ Esta postura se ampliaría posteriormente con la inclusión de otros fines, distintos a los explícitamente enunciados en la CT-ONU. Al respecto resulta de particular relevancia el caso *Furundžija*, que introdujo entre los posibles propósitos de la tortura la humillación de la víctima, sobre la base del derecho internacional humanitario y de la consideración de constituir una forma de intimidación.¹¹¹ Sin embargo, dicho desarrollo, como apunta Burchard, no quedó consolidado en la jurisprudencia del TPIY por cuanto posteriormente, en *Krnjelac*, este tribunal despojaría del umbral consuetudinario al propósito de causar humillación. Habiendo sido ambos fallos confirmados en apelación, la jurisprudencia resulta contradictoria sobre este aspecto.¹¹²

¹⁰⁵ Burchard: o. cit. (nota 10), pp. 166.

¹⁰⁶ TPIY, *Martić*, sentencia de la Sala de Juicio de 12 de junio de 2007.

¹⁰⁷ Burchard: o. cit. (nota 10), p. 167.

¹⁰⁸ En este sentido, J. M. Ddamulira "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007, pp. 157-158.

¹⁰⁹ TPIY, *Kunarac et al.*, sentencia de la Sala de Juicio de 22 de febrero de 2001. También *Krnjelac*, sentencia de la Sala de Juicio de 15 de marzo de 2002.

¹¹⁰ TPIR, *Akayesu*, sentencia de la Sala de Primera Instancia, de 2 de septiembre de 1998, § 681.

¹¹¹ TPIY, *Furundžija*, sentencia de primera instancia del 10 de diciembre de 1998.

¹¹² Burchard: o. cit. (nota 10), p. 170.

Probablemente sea el *trato cruel* el que ofrece una definición jurisprudencial de mayor consenso. Su tratamiento fue parte precisamente del primer caso ante el TPIY —*Tadić*—, que lo caracterizó como violencia intencional contra la vida, la salud o la integridad física o mental, entre otros.¹¹³

3.2. Algunas consideraciones sobre el alcance de la prohibición de tortura y *non-refoulement*

Como se mencionó, conforme la CT-ONU solo existe tortura cuando la conducta de alguna manera puede generar la responsabilidad de las autoridades por acción u omisión. Dicho requerimiento —que la tortura sea efectuada, instigada o consentida por un funcionario público u otra persona que actúe en capacidad oficial— ha sido considerado una significativa limitación *vis-à-vis* la prohibición absoluta de tortura.¹¹⁴ Al respecto resulta interesante el desarrollo gestado a partir de una amplia interpretación del principio de no devolución (*non-refoulement*) recogido, entre otros instrumentos, en la propia CT-ONU (artículo 3), por el que los estados parte asumen la obligación convencional de no devolver, de ninguna manera (incluida expresamente la extradición), a una persona a un estado donde se considere por motivos fundados que pueda verse sometida a tortura.

La jurisprudencia del TEDH fue pionera en extender la prohibición de devolución —también recogida en el artículo 3 de la CEDH— cuando la tortura o la amenaza de tortura emana de actores no estatales. Así por ejemplo, en *HLR contra Francia*, donde el demandante, de nacionalidad colombiana, había sido arrestado por cargos de narco-tráfico, fundamentó su petición de no devolución en razón a su temor a ser torturado por los carteles colombianos. El TEDH se pronunció reconociendo la aplicación del artículo 3 de la CEDH a personas o actores no estatales, en los casos en que no existe adecuada protección del estado.¹¹⁵ Dicho racional se aplicó también en *A contra Reino Unido*, en el cual el TEDH estableció la obligación de los estados de asegurar la vigen-

¹¹³ TPIY, *Tadić*, sentencia de la Sala de Juicio del 7 de mayo de 1997.

¹¹⁴ K. Wouters: "Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?", en *European Journal of Migration and Law*, vol. 8, n.º 1-8, 2006, p. 4.

¹¹⁵ TEDH, fallo de 1998.

cia de la prohibición de la tortura también proveniente de individuos en su capacidad privada.¹¹⁶

Asimismo, *Elmi contra Australia* constituyó la primera ocasión en la que el Comité contra la Tortura consideró que la protección de no devolución se extendía al temor a agentes no estatales pertenecientes a estructuras cuasiestatales.¹¹⁷

Dichas interpretaciones dan pie a considerar la existencia de tortura por comisión de agentes no estatales en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos (más allá del ámbito específico del derecho internacional del asilo). En efecto, este enfoque trasciende el espectro del principio de no devolución y resulta congruente con la tendencia de expandir la interpretación de los sujetos del derecho internacional de los derechos humanos, más allá de la tradicional consideración exclusiva de los estados en una dimensión de protección horizontal y privada de los derechos humanos.¹¹⁸

Curiosamente, el argumento a partir de la interpretación amplia del principio de no devolución elucubrada por los órganos de protección de derechos humanos no caló en la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, que probablemente hubiera contribuido a desterrar la necesidad del requerimiento del agente estatal también respecto de los crímenes de lesa humanidad.

Por su parte, la Corte IDH no ha conocido aún de casos que involucren el principio de no devolución. En el hipotético escenario de que se presentara un caso de no devolución por tortura respecto de agentes no estatales, no solo quedaría en la palestra de discusión la noción tradicional de tortura, sino también el tradicional sistema de responsabilidad internacional por violaciones de derechos humanos.

3.3. La tortura y los otros tratos en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional

La tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI presenta dos principales diferencias respecto de su formulación en la CT-ONU: la eliminación de los fines o propósitos para cometer tortura y la relación con el agente estatal. La definición incorpora más bien un elemento de custodia o control de la víctima por el acusado (artículo 7.2.e).

¹¹⁶ TEDH, fallo de 23 de septiembre de 1998.

¹¹⁷ Comité Contra la Tortura: Comunicación n.º 120/1998, UN Doc CAT/C/22/D/120/1998. Para un comentario detallado del caso, véase Sivakumaran: o. cit. (nota 87), pp. 549-553.

¹¹⁸ También en esta línea, P. Gaeta: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008, p. 191.

En el caso de la tortura como crimen de guerra tampoco se hace referencia alguna a la calidad del sujeto activo, pero sí se mantienen los fines o propósitos de la CT-ONU y el umbral de gravedad, que no queda definido. Podría considerarse que la definición —aplicable tanto en el conflicto armado internacional como no internacional—¹¹⁹ deviene de *Kunarac* (TPIY), que definió los elementos del crimen, como se ha mencionado, en el sentido de infligir intencionalmente, por acción u omisión, graves dolores o sufrimientos, sean físicos o mentales, con la finalidad de obtener información o confesión, como castigo, intimidación o coerción a la víctima o un tercero, o por cualquier razón discriminatoria.¹²⁰

Los otros tratos presentan una disparidad terminológica en la definición como crimen de guerra en el conflicto armado internacional y no internacional. En el primer caso, se emplea *tratos inhumanos*, incluidos los experimentos biológicos (artículo 8.2.a.ii). En el segundo, se emplea *tratos crueles*, además de los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio y las mutilaciones (artículo 8.2.c.i). En ambos casos los Elementos de los Crímenes se refieren a dolores o sufrimientos graves, físicos o mentales (al margen de las consideraciones terminológicas de los sujetos pasivos en razón del tipo de conflicto armado). En consecuencia, parece que el ECPI se apartó de la tendencia de los cortes regionales de protección de derechos humanos a diferenciar la tortura de los otros tratos en razón del criterio de gravedad. Así, el elemento diferenciador es el propósito o la finalidad de la conducta, en cuanto crimen de guerra.¹²¹

En el caso *Bemba*, parte de la situación concerniente a la República Centroafricana, la Sala de Cuestiones Preliminares II —a tiempo de la confirmación de los cargos— declinó confirmar la imputación de la tortura como crimen de guerra (artículo 8.2.c.i) precisamente en atención a que el elemento de finalidad, considerándolo como una intencionalidad específica en la *mens rea* del tipo, debe ser probado por el fiscal. No habiéndose demostrado la finalidad o el propósito con el que los malos tratos alegados hubieran sido infligidos, la Sala concordó con la defensa respecto a que el fiscal incumplió con su obligación de presentar prueba respecto de cada elemento constitutivo del crimen.¹²²

¹¹⁹ Los Elementos de los Crímenes de los artículos 8.2.a.ii y 8.2.c.i son comunes con relación a la tortura.

¹²⁰ TPIY, *Kunarac et al.*, loc. cit. (nota 85), § 50.

¹²¹ En este sentido, K. Dörmann: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003, p. 63.

¹²² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: “Decisión conforme al artículo 61(7)(a) y (b) del Estatuto de Roma sobre los Cargos del Fiscal contra Jean-Pierre Bemba Gombo”, de 15 de junio de 2009, ICC-01/05-01/08, § 294, 298-300.

Si bien el análisis de la Sala de Cuestiones Preliminares II se ajusta a la formulación del crimen en el ECPI, no deja de ser relevante la disyuntiva sobre la coherencia del elemento de propósito o finalidad —propio del derecho internacional de los derechos humanos en su desarrollo inicial— como parte de la definición de los crímenes de guerra, cuando la tortura como crimen de lesa humanidad se aparta de él en el ECPI.¹²³

El caso *Bemba* también resulta interesante para el tema que nos ocupa respecto de la relación entre la tortura como crimen de lesa humanidad y la violación, cuando el acto de violación u otras formas de violencia sexual son los hechos sobre los que se asienta la imputación de tortura. Es decir, tortura cometida a través de violación u otras formas de violencia sexual.

La Sala de Cuestiones Preliminares II declinó también la confirmación del cargo de tortura como crimen de lesa humanidad por considerarlo subsumido en el crimen de violación,¹²⁴ interpretando que los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad —la gravedad del daño o el sufrimiento causado y el control ejercido por el torturador respecto de su víctima— son también comunes a los elementos constitutivos del crimen de violación, que se distingue por el elemento adicional de la penetración.¹²⁵ No habiéndose aportado prueba respecto de otros hechos —además de la violación— que llevaran a determinar la existencia de tortura, la Sala confirmó el cargo de violación y consideró innecesaria, y más bien en detrimento del acusado, la acumulación de cargos.¹²⁶

La controvertida interpretación ameritó un *amicus curiae*¹²⁷ interpuesto por Iniciativa de Mujeres para la Justicia de Género, de conformidad con la regla 103 de las Reglas de Procedimiento y Prueba. El *amicus curiae* esencialmente observó la situación de víctimas en particular, que caería fuera de la alegada simbiosis de cargos, toda vez que constituirían tortura *per se*. De entre ellos, resulta de particular interés aquí el caso de

¹²³ Dörmann comenta que a tiempo de las deliberaciones en la PrepCom (Comisión de Preparación del ECPI), algunas delegaciones consideraron que, o bien el elemento de finalidad, o bien el de capacidad oficial (comisión por un agente estatal), o bien ambos, era necesario para distinguir la tortura del crimen de guerra de trato inhumano. Otras delegaciones se inclinaron por el elemento de gravedad o intensidad para dicho cometido. Sin embargo, y siguiendo la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc*, se optó por la inclusión del elemento de finalidad o propósito (Dörmann: o. cit. [nota 124], p. 45).

¹²⁴ CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: loc. cit. (nota 125), § 205.

¹²⁵ *Ibidem*, § 204.

¹²⁶ *Ibidem*, § 202.

¹²⁷ Refrendado por el fiscal de la CPI en su documento "Prosecution's Response to Amicus Curiae Observations of the Women's Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence", de 6 de agosto de 2009, ICC-01/05-01/08-469.

un hermano que, mientras era azotado, observaba la violación de su hermana.¹²⁸ Como apunta el *amicus curiae*, los casos de personas obligadas a presenciar la violación de sus familiares supera el espectro del crimen de violación, aun en el supuesto de su propia violación —antes o después—, y constituye tortura. Presenciar violaciones de familiares involucra humillación, degradación y violación a la dignidad, distintos del acto de violación *per se*.¹²⁹ Dicho racional fue inicialmente adoptado en el marco del derecho penal internacional —por ejemplo, en *Furundžija* (TPIY)—, donde se calificó como tortura el ser forzado a observar la violación repetida de un allegado.¹³⁰

Cabe apuntar que en el ámbito del sistema interamericano, el voto concurrente de la jueza Medina en el caso *Campo Algodonero*¹³¹ se decanta por la calificación como tortura —a diferencia de la mayoría, que estableció la existencia de trato degradante— con relación al sufrimiento experimentado por los familiares (madres) de las víctimas que habían sido repentinamente desaparecidas, quienes desconocieron su paradero durante un periodo considerable, en un contexto de violencia y discriminación generalizada y sistemática contra la mujer, y, adicionalmente, por la falta de investigación y la actitud indiferente y hostil de las autoridades. En *Bemba*, habiendo la Sala de Cuestiones Preliminares II, rechazado la solicitud de permiso de apelación del fiscal respecto de la decisión en cuestión (de confirmación de los cargos),¹³² la interpretación en el sentido de que el cargo de violación subsume al de tortura —en tanto la evidencia aportada verse sobre los mismos hechos— resulta prevaleciente al presente.

Por otro lado, corresponderá observar la interpretación que se consolide sobre el alcance de la cláusula residual de los crímenes de lesa humanidad: “[o]tros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física” (artículo 7.1.k). Una primera interpretación jurisprudencial de esta controvertida cláusula se ha formulado en la decisión de confirmación de los cargos en *Katanga*, parte de la situación del Congo,

¹²⁸ “Women’s Initiatives for Gender Justice, Amicus Curiae Observations of the Women’s Initiatives for Gender Justice pursuant to Rule 103 of the Rules of Procedure and Evidence”, de 31 de julio de 2009, § 27.

¹²⁹ *Ibidem*, § 30, citando a TPIY, *Prosecutor v. Furundžija*, Sala de Juicio, sentencia del 10 de diciembre de 1998, IT-95-17/1, § 267.

¹³⁰ *Ibidem*, § 28.

¹³¹ Voto concurrente de la jueza Cecilia Medina Quiroga en relación con la sentencia de la Corte IDH en el caso *González y otras (Campo Algodonero) contra México*, de 16 de noviembre de 2009.

¹³² CPI, Sala de Cuestiones Preliminares II: “Decision on the Prosecutor’s Application for Leave to Appeal the ‘Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo’, de 18 de septiembre de 2009”, ICC-01/05-01/08.

caso en el que el fiscal imputó también el crimen de *otros actos inhumanos*.¹³³ La Sala de Cuestiones Preliminares I vertió una primera interpretación del contenido de dicho crimen, sobre la base de *Blaškić* (TPIY):¹³⁴

[...] por actos inhumanos han de entenderse las violaciones graves al derecho internacional consuetudinario y a los derechos fundamentales de los seres humanos, derivados de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, de naturaleza y gravedad similar a los actos mencionados en el artículo 7(1) del Estatuto.¹³⁵

La Sala señala la diferencia del alcance y el propósito de esta cláusula residual, cuya formulación inicial se remonta a la Carta del Tribunal Militar Internacional de Núremberg y posteriormente a los estatutos del TPIY y del TPIR, en cuyo caso sirvió como una cláusula abierta orientada a recoger precisamente *otros actos inhumanos* no enunciados expresamente en el listado de ofensas constitutivas de los crímenes de lesa humanidad. En el caso del ECPI, la cláusula contiene ciertas limitaciones respecto de la acción constitutiva de un acto inhumano y de sus consecuencias, por lo que resulta distinta de las otras conductas enunciadas como crímenes de lesa humanidad.¹³⁶ Sobre la base de los Elementos de los Crímenes, la Sala apunta que el sufrimiento o daño grave a la integridad física, mental o psicológica debe ser consecuencia del acto inhumano.¹³⁷

En *Katanga* el voto mayoritario de la Sala desestimó la imputación por otros actos inhumanos, en razón de que la evidencia no apuntaba a verificar la intención de causar sufrimientos o daños graves, sino más bien a un intento no consumado de homicidio —de la población civil de Bogoro— como crimen de lesa humanidad, independientemente recogido en el artículo 7.1.a. Esta interpretación da pie a considerar que el crimen de otros actos inhumanos constituye el complemento del crimen de tortura, probablemente asimilable en el sentido de los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Si se corrobora esta interpretación, quedarán por determinarse los parámetros de distinción entre la tortura y los otros actos inhumanos, teniendo en cuenta que el elemento de gravedad es común a ambos y que el elemento de propósito desaparece

¹³³ CPI, *The Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui*, decisión sobre la confirmación de los cargos, Sala de Cuestiones Preliminares I, de 30 de septiembre de 2008, § 22.

¹³⁴ TPIY, *The Prosecutor v. Blaškić*, sentencia del 3 de marzo de 2000, § 239.

¹³⁵ *Ibidem*, § 448.

¹³⁶ CPI, *Katanga*, loc. cit. (nota 136), § 450-452.

¹³⁷ *Ibidem*, § 453.

en el caso de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI. En consecuencia, cabe preguntarse si el elemento de control del crimen de tortura resulta suficiente para diferenciar la tortura de los otros tratos como actos inhumanos en el ECPI. Este es uno de los aspectos a ser dilucidados por el desarrollo jurisprudencial de la CPI.

4 ● Conclusiones

El caso de la tortura resulta emblemático de la interpretación de los crímenes del derecho internacional a la luz de los derechos humanos y del derecho humanitario (por lo menos en su etapa inicial), así como de los instrumentos de derechos humanos que incorporan nociones típicas del derecho penal internacional. Esta última podría reputarse una justificación de la aplicación del derecho penal internacional por el sistema interamericano de derechos humanos, aunque el análisis sobre si dicha práctica se ha desarrollado más allá de los supuestos inherentes a las formulaciones convencionales cae fuera del alcance de este trabajo. Así también el caso de la tortura y los otros tratos es emblemático de las paradojas del derecho internacional. En tanto que su prohibición es categórica y absoluta, su definición continúa siendo un desafío importante tanto en la esfera de la responsabilidad internacional como de la responsabilidad penal individual.

Si bien los estándares de diferenciación entre tortura y otros tratos en la jurisprudencia de la Corte IDH no resultan del todo nítidos, su jurisprudencia destila varios aspectos interesantes de interpretación, como la adopción de presunciones en casos de comprobada custodia o control (por agentes estatales) que entrañan privaciones ilegales de la libertad física en aislamiento y/o incomunicación. Esto podría resultar de particular interés *vis-à-vis* la definición de la tortura como crimen de lesa humanidad en el ECPI, que incorpora el elemento de custodia o control.

Teniendo en cuenta la importante metamorfosis que ha experimentado el concepto de tortura en el derecho penal internacional, plasmada en el ECPI, la jurisprudencia que desarrolle la CPI en materia de tortura y otros tratos será de gran importancia *vis-à-vis* una nueva interpretación de estos crímenes y de su coherencia en cuanto a una concepción diferenciada de la tortura como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra (más allá de los elementos contextuales).

La eliminación del requerimiento “oficial” del sujeto activo en la tipificación del ECPI, no solo con relación a los crímenes de guerra sino también a los crímenes de lesa humanidad, es un avance importante cuya influencia en el derecho internacional de los derechos humanos no puede quedar indiferente, más aun cuando la tradicional visión de responsabilidad estatal exclusiva por violaciones a derechos humanos va perdiendo fundamento ante la creciente participación activa de sujetos de carácter no estatal en el escenario internacional (también en tiempos de paz).

La recíproca influencia entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional, reflejo de la cual el caso de la tortura (y los otros tratos) es por demás elocuente —como puede haberse advertido—, suscita la interrogante respecto a la pertinencia y la coherencia de mantener el concepto de tortura dependiente del contexto particular de su comisión. Esta es una interrogante de dimensiones particulares en el ámbito de criminalización de la tortura y de cara a los procesos de implementación, en particular respecto a la pertinencia de homogeneizar, al margen de los elementos contextuales, los elementos constitutivos de la tortura como crimen de lesa humanidad, de guerra y delito ordinario y, en última instancia, la noción de tortura.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: “May a State Torture Suspects to Save the Life of Innocents?”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008; en español en *Terrorismo, tortura y derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Atelier, 2009.
- ANDERSON, Kirsten: “How Effective is the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance Likely to be in Holding Individuals Criminally Responsible for Acts of Enforced Disappearance?”, 7 *Melbourne Journal of International Law*, 2006.
- BURCHARD, Christoph: “Torture in the Jurisprudence of the *Ad hoc* Tribunals. A Critical Assessment”, 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- CANOSA USERA, Raúl: *El derecho a la integridad personal*, Lex Nova, 2006.

- CULLEN, Anthony: "Defining Torture in International Law: A Critique of the Concept Employed by the European Court of Human Rights", 34 *California Western International Law Journal*, 2003.
- D'AMATO, Anthony: "It's a Bird, It's a Plane, It's Jus Cógens", 6(1) *Connecticut Journal of International Law*, 1990.
- DDAMULIRA, Jamil Mujuzi: "The History of Torture Jurisprudence in the Inter-American Regional Human Rights System: 1948-2005", 13(1) *East African Journal of Peace & Human Rights*, 2007.
- DÖRMANN, Knut: *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court. Sources and Commentary*, Cambridge (RU): ICRC, 2003.
- GAETA, Paola: "When is the Involvement of State Officials a Requirement for the Crime of Torture?", 6 *Journal of International Criminal Justice*, 2008.
- GALDÁMEZ ZELADA, Liliana: "Alcance de la prohibición de la tortura y los otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 4(2) *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales, 2006.
- HUERTAS DÍAZ, Omar, et al. (comps.): *Convención Americana de Derechos Humanos. Doctrina y jurisprudencia 1980-2005*, Bogotá: Universidad Autónoma de Colombia e Ibáñez, 2005.
- LANTRIP, Julie: "Torture and Cruel, Inhumane and Degrading Treatment in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights", 5(55) *ILSA Journal of International & Comparative Law*, 1999.
- LORD, Rachel: "The Liability of Non-State Actors for Torture in Violation of International Humanitarian Law: An Assessment of the Jurisprudence of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", 4(1) *Melbourne Journal of International Law*, 2003.
- MARTIN, Claudia, y Diego RODRÍGUEZ-PINZÓN: *La prohibición de la tortura y los malos tratos en el sistema interamericano. Manual para víctimas y sus defensores* (traducción de L. Vilás Costa), OMCT, Serie Manuales, vol. 2, 2006.
- SIVAKUMARAN, Sandesh: "Torture in International Human Rights and International Humanitarian Law: the Actor and the *Ad hoc* Tribunals", 18 *Leiden Journal of International Law*, 2005.

WAUTERS, Jasper: “Torture and Related Crimes. A Discussion of the Crimes Before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia”, 11 *Leiden Journal of International Law*, 1998.

WOUTERS, Kees: “Editorial: How Absolute is the Prohibition of Torture?”, 8(1) *European Journal of Migration and Law*, 2006.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Bámaca Velásquez contra Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 70).

Bayarri contra Argentina, sentencia de 30 de octubre de 2008, Corte IDH (serie C, n.º 187).

Blake contra Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 36).

Bueno Alves contra Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007, Corte IDH (serie C, n.º 164).

Caballero-Delgado y Santana contra Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, Corte IDH (serie C, n.º 22).

Caesar contra Trinidad y Tobago, sentencia de 11 de marzo de 2005, Corte IDH (serie C, n.º 123).

Cantoral Benavides contra Perú, sentencia de 18 de agosto de 2000, Corte IDH (serie C, n.º 69).

Castillo Páez contra Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 34).

Castillo Petruzzzi y Otros contra Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 52).

De la Cruz Flores contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 115).

Gangaram Panday contra Suriname, sentencia de 21 de enero de 1994, Corte IDH (serie C, n.º 16).

Godínez Cruz contra Honduras, sentencia de 20 de enero de 1989, Corte IDH (serie C, n.º 5).

Gómez Paquiyari contra Perú, sentencia de 8 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 110).

Gonzales y Otras (Campo Algodonero) contra México, sentencia de 16 de noviembre de 2009, Corte IDH..

Hilaire, Constantine, Benjamin y otros contra Trinidad y Tobago, sentencia de 21 de junio de 2002, Corte IDH (serie C, n.º 94).

Humberto Sánchez contra Honduras, sentencia de 7 de junio de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 99).

Loayza Tamayo contra Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 33).

Lori Berenson Mejía contra Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 119).

Maritza Urrutia contra Guatemala, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Corte IDH (serie C, n.º 103).

Masacre Plan de Sánchez contra Guatemala, sentencia de 29 de abril de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 105).

Paniagua Morales y Otros contra Guatemala, sentencia de 8 de marzo de 1998, Corte IDH (serie C, n.º 37).

Suárez Rosero contra Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997, Corte IDH (serie C, n.º 35).

Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 114).

Velásquez Rodríguez contra Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, Corte IDH (serie C, n.º 4).

Villagrán Morales et al. contra Guatemala ("Niños de la Calle"), sentencia de 19 de noviembre de 1999, Corte IDH (serie C, n.º 63).

19 Comerciantes contra Colombia, sentencia de 5 de julio de 2004, Corte IDH (serie C, n.º 109).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

A contra Reino Unido, sentencia de 23 de septiembre de 1998, Appl. n.º 25599/94.

HLR contra Francia, sentencia de 29 de abril de 1997, Appl. n.º 24573/93.

Irlanda contra Reino Unido, sentencia de 18 de enero de 1978, Appl. n.º 531071.

Kurt contra Turquía, sentencia de 25 de mayo de 1998, Appl. n.º 24276/94.

Selmouni contra Francia, sentencia de 28 de julio de 1999, Appl. n.º 25803/94.

Soering contra Reino Unido, sentencia de 7 de julio de 1989, Appl. n.º 1403888.

Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia

Prosecutor v. Delalić et al. (Čelebići), sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-21-T, de 16 de noviembre de 1998.

Prosecutor v. Blaškić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-14-T, de 3 de marzo de 2000.

Prosecutor v. Brdanin, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-99-36-T, de 1 de septiembre de 2004.

Prosecutor v. Furundžija, sentencia de Primera Instancia, caso n.º IT-95-17A-T, 10 de diciembre de 1998.

Prosecutor v. Krnojelac, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-97-25-T, de 15 de febrero de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de apelación, caso n.º IT-96-23 - IT-96-23A-A, de 20 de junio de 2002.

Prosecutor v. Kunarac et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-96-23-T IT-96-23A-T, de 22 de febrero de 2001.

Prosecutor v. Kvocka et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-98-301-T, de 2 de noviembre de 2001.

Prosecutor v. Martić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-11-T, de 12 de junio de 2007.

Prosecutor v. Simić et al, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-95-9-T, de 17 de octubre de 2003.

Prosecutor v. Tadić, sentencia de primera instancia, caso n.º IT-94-1-T, de 7 de mayo de 1997.

Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, sentencia de primera instancia, caso n.º TPIR-96-4-T, de 2 de septiembre de 1998.

Corte Penal Internacional

Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/04-01/07, Sala de Cuestiones Preliminares I, 26 de septiembre de 2008.

Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, decisión de confirmación de los cargos, caso n.º ICC-01/05-01/08, Sala de Cuestiones Preliminares II, 15 de junio de 2009.