

IIDH

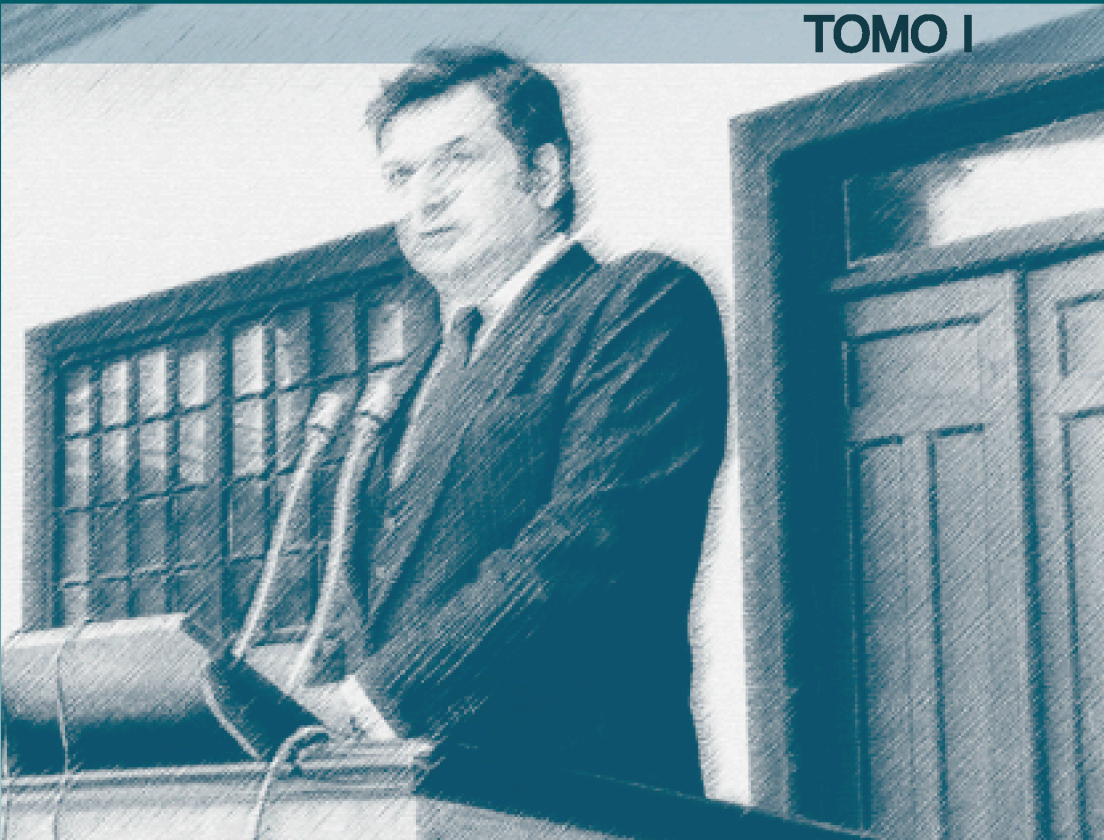
Instituto Interamericano
de Derechos Humanos



Justicia, libertad y derechos humanos

Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante

TOMO I



**Justicia, libertad y
derechos humanos**

**Ensayos en homenaje a
Rodolfo E. Piza Escalante**

Tomo I

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
SALA CONSTITUCIONAL - CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
COLEGIO DE ABOGADOS DE COSTA RICA

© 2003. Reservados todos los derechos.
Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Corte Interamericana de Derechos Humanos
Sala Constitucional - Corte Suprema de Justicia de Costa Rica
Colegio de Abogados de Costa Rica

341.481
I59-j Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Justicia, libertad y derechos humanos: Ensayos en homenaje
a Rodolfo E. Piza Escalante / Instituto Interamericano de Derechos
Humanos, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Colegio de
Abogados, Sala Constitucional - Corte Suprema de Justicia de Costa
Rica. -- San José, C.R. : Instituto Interamericano de Derechos
Humanos, 2003.
T. I, 660 p. ; 13.97 x 21.59 cm.
ISBN 9968-917-09-5 (Obra completa)
ISBN 9968-917-10-9 (Tomo I)
1. JUSTICIA 2. LIBERTAD 3. DERECHOS HUMANOS
4. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
5. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS 6. PENAL MUERTE 7. PODER JUDICIAL -
COSTA RICA I. Corte Interamericana de Derechos Humanos
II. Costa Rica. Colegio de Abogados III. Costa Rica. Sala
Constitucional IV. Título

Los trabajos compilados en este libro han sido agrupados de acuerdo a la institución que los aporta. Esta estructura responde a que cada institución participante convocó autores y revisó los artículos que bajo su nombre aparecen.

La Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH ha dado un formato común a los artículos compilados respetando, a la vez, el estilo propio de cada persona autora.

Las ideas expuestas en los trabajos publicados en este libro son de exclusiva responsabilidad de los autores.

Se permite la reproducción total o parcial de los materiales aquí publicados, siempre y cuando no sean alterados, se asignen los créditos correspondientes y se haga llegar una copia de la publicación o reproducción a los editores.

Diseño y diagramación:
Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH

Impresión:
Editorama

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica
Tel.: (506) 234-0404 Fax: (506) 234-0955
e-mail: uinformacion@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr



Rodolfo E. Piza Escalante

ÍNDICE

Tomo I

PrólogoXI

Prefacio del Presidente de la
Corte Interamericana de Derechos HumanosXIII

Prefacio del Presidente del
Colegio de Abogados de Costa RicaXVII

Recuerdo de un entrañable amigo
Thomas BuergenthalXIX

Remembering a very special friend
Thomas BuergenthalXXV

Semblanza: Un hombre justo
Juan José Sobrado Ch.XXIX

Corte Interamericana de Derechos Humanos

A consolidação da personalidade e da
capacidade jurídicas do indivíduo como
sujeito do direito internacional
Antônio Augusto Cançado Trindade3

México ante el Estatuto de Roma
Sergio García Ramírez77

El Papa Juan Pablo II y los derechos humanos
Máximo Pacheco Gómez139

Teoría y práctica del control político.
El juicio político en la Constitución ecuatoriana
Hernán Salgado Pesantes155

Tribunales y salas constitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos <i>Héctor Fix-Zamudio</i>	201
Algunas ideas sobre la noción de “orden jurídico” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos <i>Julio A. Barberis</i>	233
Los principales aportes del Juez Rodolfo E. Piza Escalante a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1979 - 1988) <i>Manuel E. Ventura Robles</i>	253
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales <i>Emilia Segares R.</i>	287
Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español <i>Paula Lizano Van der Laat</i>	359
La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de su artículo 29 <i>Ma. Auxiliadora Solano Monge</i>	421
La pena de muerte y su imposición obligatoria. El caso de Trinidad y Tobago ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos <i>Lilly Ching Soto</i>	449
Reflexiones sobre la doctrina de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus votos particulares <i>Mauricio I. Del Toro Huerta</i>	481
Los partidos políticos <i>Gonzalo Elizondo Breedy</i>	503
La jurisdicción universal a propósito del “Caso Cavallo” <i>Manuel Becerra Ramírez</i>	537

Sala Constitucional Corte Suprema de Justicia de Costa Rica

La función política del Poder Judicial
Luis Paulino Mora Mora585

El derecho a un juez imparcial: elemento sustancial del
derecho general de acceso a la justicia y el debido
proceso. Algunas dificultades de definición en la
jurisprudencia constitucional de Costa Rica
Luis Fernando Solano Carrera603

Tomo II

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Seguridad humana: un reto universal
Sonia Picado Sotela631

El Estado y los particulares: entre el respeto y la
garantía de los derechos humanos reconocidos en la
Convención Americana sobre Derechos Humanos
Pedro Nikken661

Aspectos de la legitimación activa ante la
jurisdicción constitucional en Venezuela
Allan R. Brewer-Carías715

La defensa de los derechos humanos a través
de la acción del Comisario para los Derechos Humanos
del Consejo de Europa
Alvaro Gil-Robles y Gil-Delgado749

La necesaria e inaplazable reforma de la
LECRIM Española
Vicente Gimeno Sendra771

Los principios tributarios en la jurisprudencia de la
Corte de Constitucionalidad
Alma Beatriz Quiñones L.793

Dimensiones normativa y sociológica en el amparo
contra resoluciones judiciales
Néstor Pedro Sagüés817

La globalización de los derechos humanos como
imperativo ético y sociológico de la comunidad
internacional del siglo XXI
Ricardo Valverde Gómez831

Colegio de Abogados de Costa Rica

Naturaleza y funciones de la
Procuraduría General de la República
Ana Lorena Brenes Esquivel857

La vinculatoriedad de las resoluciones de la
Sala Constitucional
Rubén Hernández Valle895

El silencio positivo y el Derecho de la Constitución
para la protección efectiva de los derechos
subjetivos ciudadanos
Manrique Jiménez Meza925

La dirección intersubjetiva
Ernesto Jinesta Lobo959

Autodeterminación informativa:
Un derecho fundamental autónomo
Magda Inés Rojas Chaves1025
Georgina Inés Chaves Olarte

Los deberes públicos
Enrique Rojas Franco1073
Ricardo Barquero Córdoba

El voto 11657 del 2001 de la Sala Constitucional
sobre el Aeropuerto Juan Santamaría
Jorge Enrique Romero Pérez1115

Una reforma incompleta sobre las
competencias de anulación administrativa
Federico Sosto López1141

La independencia judicial y su relación con la
responsabilidad disciplinaria y civil del juez
Cristina Víquez Cerdas1177

Prólogo

Este libro es una edición muy importante y significativa para recordar a uno de los jueces que hicieron historia en derechos humanos. Es, asimismo, el resultado del esfuerzo conjunto de cuatro instituciones que llevan la huella imborrable de la labor fecunda y creativa de Rodolfo E. Piza Escalante, ilustre juez y profesor de derechos humanos, cofundador del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), primer Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica -popularmente conocida como la Sala IV-, quien falleció el 13 de enero de 2002 en San José.

El IIDH dedicó su XX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos (julio-agosto 2002) -centrado en la temática de la educación en derechos humanos- a la memoria del Dr. Piza Escalante: fue él quien moldeó algunas ideas que definen a la educación en derechos humanos como un derecho esencial de la persona humana. Decía el Dr. Piza que los principales instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos han consagrado el derecho a la educación y han reflejado la obligación de los Estados

de desarrollar la actividad educativa en el marco de los valores esenciales del derecho internacional de los derechos humanos.

Pero su legado fue mucho mayor y más profundo. En su natal Costa Rica, mediante su labor personal la población en general, pobres y ricos, intelectuales y grupos populares, indígenas y protectores del medio ambiente, presos sin condena, se vieron beneficiados y atendidos por el alcance de la defensa constitucional de sus derechos humanos. Las importantes sentencias sobre la nacionalidad indígena, la reelección, la fecundación *in vitro* y la revisión judicial son parte de la innumerable cosecha de jurisprudencia en la defensa de derechos humanos que inspiró Rodolfo E. Piza Escalante.

Pero nadie puede medir la capacidad de trabajo judicial del Dr. Piza por sus sentencias, como se hace clásicamente: hay que tasarle por sus ideas y por su ideología de derechos humanos, por su pasión y terquedad por la democracia que la llevó hasta la Sala IV, y por su coraje en defender a las víctimas, sea en Costa Rica o en muchas partes de América Latina.

Agradezco a quienes han colaborado en este sentido homenaje, que compila trabajos académicos de calidad y procura brindar a las personas lectoras un reflejo de los frutos de la labor de quien en vida fuera Rodolfo E. Piza Escalante.

Roberto Cuéllar M.

*Director Ejecutivo
Instituto Interamericano de Derechos Humanos*

Prefacio del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Rodolfo Piza Escalante fue Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su primera década de operación, de 1979 hasta 1988, y su primer Presidente, en el período 1979-1981. Lo conocí con ocasión de su elección para la Corte Interamericana, a finales de la década del setenta, y con él tuve una fructífera convivencia académica, por más de tres décadas, alimentada por afinidades en cuanto al tratamiento de cuestiones fundamentales tanto del Derecho Internacional como de los Derechos Humanos.

En realidad, Rodolfo Piza jamás dejó de interesarse por la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, aún mucho después de haber cumplido con dedicación sus funciones en la misma. Partícipe en sus primeros pronunciamientos, tuvo el mérito -no muy común- de apreciar y saber valorar los aportes de sus sucesores a la construcción jurisprudencial del Tribunal, y con ellos mantener relaciones de cordialidad y respeto mutuos.

Dos décadas después de haber dejado nuestro Tribunal, siempre nos visitaba en la sede de la Corte, y participaba activamente, y con jovialidad de espíritu, de todas sus actividades académicas. Algunas de sus últimas intervenciones en las iniciativas de la Corte en los tres últimos años encuéntrase plasmadas, v.g., en el tomo que preparé titulado *Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección* (San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 73-79).

Estoy seguro de expresar el sentimiento común de todos mis Colegas, los Señores Jueces que hoy componen la Corte Interamericana, que tanto han contribuido a la construcción de nuestra jurisprudencia, al dejar constancia de nuestro pesar por la partida de Rodolfo. Fue él un hombre de pensamiento propio. Con él conviví no sólo en las actividades de la Corte, sino también en las de otras instituciones, como el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

En los debates en estos distintos foros, estuvimos siempre del mismo lado, en defensa de la capacidad jurídico-procesal internacional de los individuos como sujetos del derecho internacional, en defensa de la relevancia de la *opinio juris* en la formación del derecho internacional contemporáneo, y en defensa de la hermenéutica propia a los tratados de derechos humanos.

Quiso el destino, como que por un capricho, que, además de estas afinidades de visión jurídica, me correspondiera escribir este Prefacio, en nombre de la

Corte Interamericana de Derechos Humanos, al libro con que prestamos un sincero homenaje a quien primero ejerció, con inteligencia y creatividad, la Presidencia de nuestro Tribunal.

Antônio Augusto Cançado Trindade

*San José de Costa Rica,
03 de octubre de 2002*

Prefacio del Presidente del Colegio de Abogados de Costa Rica

Para el Colegio de Abogados de Costa Rica, es a la vez un deber y un serio compromiso participar en la preparación y distribución de esta obra de homenaje póstumo al eminente jurista nacional, Dr. Rodolfo E. Piza Escalante.

Decimos que es un deber, porque no podríamos dejar pasar de brazos cruzados esta oportunidad de rendir tributo a una de las personas que mayor lustre ha traído a la profesión jurídica del país en los últimos tiempos. Y decimos compromiso, al propio tiempo, porque nunca sería posible pretender que nuestras modestas posibilidades estén a la altura del homenaje que amerita la memoria de don Rodolfo.

Felizmente, ya nuestro Colegio había tomado otras acciones en este mismo sentido. En adición a habernos unido en su momento al duelo oficial decretado, se dedicó al Dr. Piza Escalante la primera edición de este año de nuestra revista institucional “El Foro”, que fue recibida con mucho agrado por el gremio jurídico. En ella intentamos retratar tanto la dimensión profesional

como la humana del homenajeado. Y es que es importante recalcar que, en el plano personal, la estatura de don Rodolfo Piza no tenía nada que envidiar a la que lo adornaba en lo profesional y académico. Así consta a todos aquellos que tuvimos el placer de conocerlo; especialmente para las muchas generaciones que lo tuvimos como profesor universitario. A la discusión severa y profunda, don Rodolfo unía con igual facilidad su ingenio y humor, elementos que lo acompañaron hasta el final de sus días, así como lo hizo otra de las cualidades más notables que lo caracterizaron: la de un apego incondicional e ineludible a sus principios éticos y filosóficos.

Para no extenderme innecesariamente, concluyo agradeciendo la labor desarrollada por el MSc. Christian Hess Araya, miembro de la Junta Directiva, como representante de nuestro Colegio profesional ante el comité editor de esta obra. Agradezco profundamente también a las entidades copatrocinantes, Sala Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, por habernos participado de este sentido homenaje.

Manuel Amador Hernández

Presidente de la Junta Directiva, 2002-2003

*San José de Costa Rica
30 de setiembre del 2002*

Recuerdo de un entrañable amigo*

*Thomas Buergenthal***

El día 21 de octubre de 2001, cuando me enteré que Rodolfo Piza estaba próximo a retirarse de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, le escribí una carta para expresarle la gran alegría que me dio ver que la noticia de su decisión de dejar la Corte, había impulsado a los medios de comunicación y a los juristas de Costa Rica a destacar con admiración las importantes contribuciones que había hecho a lo largo de su carrera. En parte, le decía lo siguiente:

Quisiera unir mi voz a la de quienes han tenido el privilegio de trabajar y “pelearse” contigo, para expresar la profunda admiración y el afecto tan especial que siento por tí como amigo entrañable y gran jurista. Has enriquecido mi vida a nivel tanto personal como profesional y te lo agradezco de todo corazón. Tu trabajo en pro de la libertad y de los derechos humanos como juez internacional y nacional, no tiene paralelo.

* El Dr. Buergenthal escribe esta nota en nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

** Juez de la Corte Internacional de Justicia. Presidente Honorario de la Asamblea del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Junto con cinco personas más, Rodolfo Piza y yo fuimos los primeros jueces elegidos a la recién establecida Corte Interamericana de Derechos Humanos. Yo conocí a Rodolfo poco después de la elección, que tuvo lugar el 22 de mayo de 1979. Muy rápidamente creció en mí una gran admiración por su dedicación a la causa de los derechos humanos y por su inflexible entereza como defensor y juez de derechos humanos. Un ejemplo típico del actuar de Rodolfo Piza: el hecho de que fuera ciudadano costarricense nunca le impidió votar en contra de su patria si consideraba que la ley no daba la razón a su gobierno – este principio lo defendió con igual fuerza cuando formó parte de la nueva Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. En esa Sala, sus fallos y opiniones separadas hicieron de él el defensor más tenaz e intérprete más creativo de las libertades civiles consagradas en la constitución del país. Rodolfo Piza también comprendió la importancia que revestía transformar las garantías internacionales de los derechos humanos en normas constitucionales directamente aplicables a nivel nacional y trabajó árdamente por lograrlo, siempre que se presentara la oportunidad.

Rodolfo Piza reunió una brillante mente jurídica con un gran don de debate. Fue siempre un adversario temible. Sin embargo, a diferencia de muchas personalidades que reúnen esas mismas cualidades, nunca se mostró arrogante. Aunque no era fácil vencerle en discusión sobre alguna cuestión de derecho, se mostraba siempre dispuesto a escuchar argumentos contrarios con la mente muy abierta. Un cuento que le gustaba contar (es una historia verídica) ilustra su actitud de maravilla. Sucede que una vez él y yo defendíamos posiciones opuestas con respecto a un problema jurídico bajo

consideración en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las discutimos al cansancio. Pasaron unas cuantas semanas y, cuando la Corte se volvió a reunir, Rodolfo anunció que había estado ponderando muy seriamente nuestra anterior discusión y había llegado a la conclusión de que yo estaba en lo cierto. El problema era que yo también había dedicado mucho tiempo a la materia y había decidido finalmente que la posición de Rodolfo era la correcta. Y ahora Rodolfo seguía defendiendo mi anterior argumento con igual fuerza. Ya no recuerdo cuál fue el desenlace en esa ocasión, pero sé que gozó de cada momento.

Durante su mandato como Presidente de la Corte, ésta adoptó su Estatuto y su Reglamento, así como varias medidas administrativas y de organización que se requerían para que pudiera cumplir sus funciones. En esa época la gran mayoría de los regímenes en el poder en América Central y del Sur, eran gobiernos militares de izquierda o de derecha. Sus líderes estaban dispuestos a pretender aceptar los instrumentos internacionales de derechos humanos; sin embargo, mostraban a la vez una comprensible hostilidad hacia las instituciones internacionales y regionales de derechos humanos, en especial las cortes facultadas para fallar en contra de los gobiernos que incumplieran sus compromisos. Aunque algunos de los miembros de la Corte nos mostrábamos algo pesimistas en cuanto al éxito de nuestra misión, el eterno optimismo de Rodolfo Piza y su incansable entusiasmo, resultaron irresistibles. La fe que tenía en la inevitabilidad de la caída de estos regímenes y en el papel de la Corte como protectora de los derechos humanos, fueron el motor que impulsó nuestro bastante exitoso trabajo de esos primeros años para sentar la base

institucional sobre la que la Corte podría edificar una institución judicial eficaz y productiva. Como Presidente y Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fue Rodolfo Piza –más que cualquier otro juez– quien ayudó a dar forma a la arquitectura de esta institución durante esos primeros años de su desarrollo.

Estoy convencido de que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos no existiría en la forma en que existe hoy, de no haber sido Rodolfo Piza el primer Presidente de la Corte. En la primera reunión informal que celebraron los jueces recién electos a la Corte y que tuvo lugar en Washington en el mes de junio de 1979 bajo la presidencia de Rodolfo Piza, yo sugerí que la Corte quizás consideraría la creación de un instituto académico de derechos humanos, capaz de realizar diversas funciones educacionales y de investigación en cooperación con la Corte. A Rodolfo le gustó la idea y, haciendo caso omiso a ciertas reservas expresadas por algunos de los jueces, nos encargó al Juez Carlos Roberto Reina y a mí, estudiar la cuestión y preparar un informe. En los años siguientes, Rodolfo Piza nunca cejó en su apoyo entusiasta del Instituto. Fue Rodolfo quien, siguiendo las recomendaciones que presentamos Reina y yo, convenció a la Corte a convocar las dos reuniones de expertos que debatieron el papel que desempeñaría el Instituto y elaboraron su primer Estatuto. Más adelante, se dedicó a convencer al Gobierno de Costa Rica a celebrar el acuerdo con la Corte que llevó a la creación del Instituto.

Hay tanto más que se podría decir acerca de Rodolfo Piza como hombre, como abogado, como juez y como defensor de los derechos humanos. Con la muerte de

Rodolfo Piza Costa Rica ha perdido a un hombre que personificó el gran amor de su país por la libertad, su compromiso histórico para con los derechos humanos y su apego al estado de derecho. El mundo de los derechos humanos ha perdido a un hombre cuya incansable energía, brillantez intelectual y creencia en el deber que tiene el derecho de mejorar la condición humana, harán muchísima falta. Yo he perdido a un amigo a quien admiraba, que me inspiró, cuya amistad valoraba, y cuya integridad absoluta, genialidad al contar un buen chiste y dulce sentido de humor, hacían imposible enojarse con él por mucho tiempo.

Remembering a very special friend

*Thomas Buergenthal***

On October 21, 2001, after learning of Rodolfo Piza's forthcoming retirement from the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Costa Rica, I wrote to let him know how pleased I was that the announcement of his decision to leave the Court had prompted Costa Rica's media and legal profession to praise his many important contributions. My letter read in part as follows:

Let me join all those who have had the privilege of working and "fighting" with you in expressing my profound admiration to you as well as my very special affection for you as a wonderful friend and great jurist. You have certainly enriched my life, both personally and professionally, and for that I am most grateful. Your work on behalf of freedom and human rights as an international and national judge knows no equal

Rodolfo Piza and I, together with five others, were the first judges to be elected to the newly established Inter-

* Nota del editor. Se ha incluido la versión original, en inglés, del artículo de Thomas Buergenthal, a solicitud del autor. El Dr. Buergenthal escribe esta nota en nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

** Judge of the International Criminal Court. Honorary President of the General Assembly, Inter-American Institute of Human Rights.

American Court of Human Rights. I met Rodolfo shortly after the election, which took place on 22 May 1979, and rapidly developed a great admiration for his unswerving commitment to human rights and uncompromising integrity as a human rights advocate and judge. It was typical of Rodolfo Piza that the fact that he was a national of Costa Rica never prevented him from voting against his country whenever he thought that the law was not on his government's side— a practice he followed with equal vigor when he joined the newly established Constitutional Chamber of Costa Rica's Supreme Court. Here his judgments and individual opinions marked him as the most determined advocate and innovative interpreter of the civil liberties enshrined in the nation's constitution. Rodolfo Piza also understood the importance of transforming international human rights guarantees into enforceable national constitutional law standards and worked hard to do so whenever the opportunity presented itself.

Rodolfo Piza combined a brilliant legal mind with a great gift for disputation and was an intimidating adversary. But unlike many who possess these gifts, he was not an arrogant man. And while it was never easy to win an argument with him on a point of law, he was an attentive listener with an ever-open mind. A story he loved to tell —it is a true story— demonstrates the point. On one occasion, he and I were on opposite sides of a legal issue being considered by the Inter-American Court and argued it to exhaustion. A few weeks later when the Court resumed its session, Rodolfo announced that he had given serious thought to our earlier discussion and now believed that I was right. The problem was that I had also spent a great deal of time in the interim reflecting on

the subject and had come to the conclusion that his position was the correct one. No matter, Rodolfo now defended my previous position with equal vigor. I no longer remember how the issue was ultimately resolved, but I know that he loved every minute of it.

During his tenure as President of the Court, the Court adopted its Statute and Rules of Procedure as well as various administrative and organizational measures necessary to enable it to discharge its functions. At the time, the vast majority of regimes in power in Central and South America were military regimes of the left or the right. Its leaders were willing to pay lip service to international human rights instruments but were understandably hostile to international and regional human rights institutions, particularly to courts with powers to find governments in violation of their obligations. While some of us on the Court were therefore rather pessimistic about the likely success of our mission, Rodolfo Piza's perennial optimism and unbounded enthusiasm proved irresistible. His faith in the ultimate demise of these regimes and in the Court's role in protecting human rights was the driving force behind our relatively successful efforts in those early years to lay the institutional foundation upon which the Court could build an effective and productive judicial institution. As President and judge of the Inter-American Court of Human Rights, Rodolfo Piza, more than any other judge, helped shape the architecture of that institution as it has developed over the years.

I am convinced that the Inter-American Institute for Human Rights would never have been established in the form in which it exists today had it not been for the fact

that Rodolfo Piza was the first President of the Court. At the initial informal planning meeting of the newly-elected judges of the Court, which took place in Washington in June 1979 and was chaired by Rodolfo Piza, I suggested that the Court might want to consider the creation of an academic human rights institution to perform various educational and research functions in cooperation with the Court. The idea appealed to Rodolfo who, overriding certain doubts expressed by some judges, asked Judge Carlos Roberto Reina and me to explore the matter and report back. In the years that followed, Rodolfo Piza never wavered in his enthusiastic support for the Institute. It was he who, following the recommendations submitted to him by Reina and me, convinced the Court to convene the two expert meetings that discussed the role to be played by the Institute and drafted its Statute. Thereafter, Rodolfo Piza worked hard to persuade the Government of Costa Rica to conclude the agreement with the Court that brought the Institute into being.

There is so much more that could be said about Rodolfo Piza the man, the lawyer, the judge, the human rights advocate. With the death of Rodolfo Piza, Costa Rica has lost a man who symbolized that country's great love of freedom, its historic commitment to human rights and adherence to the rule of law. The world of human rights has lost a man whose indefatigable energy, intellectual brilliance and belief in the law's overriding obligation to improve the human condition will be sadly missed. I have lost a friend whom I admired, who inspired me, whose friendship I treasured, and whose utter honesty, ability to tell a good joke and self-deprecating humor made it impossible to get mad at him for long.

Semblanza: Un hombre justo

*Juan José Sobrado Ch.**

Las notas del Duelo de la Patria a la salida del funeral de don Rodolfo Piza, expresaron mejor que nada el dolor y los sentimientos por su muerte. Nada más apropiado, no sólo porque la patria estaba de duelo, sino porque sólo el arte de la gran música, como esas bellas y grandes notas, puede alcanzar ciertas nobles cumbres, en las que don Rodolfo fue señor.

Porque don Rodolfo puso la gran pasión de su vida, el derecho como expresión de la justicia, que la fuerza lógica y la solidez de argumentos de su inteligencia poderosa hacía irresistibles, al servicio de su país y de sus semejantes. Pasión por la justicia, humanidad, brillantez y servicio: esto podría resumir la vida pública de Rodolfo Piza Escalante. Ejemplo que muy pocos dan, y que debe servirnos de paradigma.

La Ley General de la Administración Pública fue su primera gran obra, en conjunto con don Eduardo Ortiz, el otro gran jurista desaparecido y muy amigo suyo.

* Juan José Sobrado escribe esta nota en nombre del Colegio de Abogados de Costa Rica.

Esta Ley potenció la interpretación finalista y sistémica de la norma como el eje de la acción administrativa en el Estado de Derecho, lo que generalmente olvidan administradores codigueros y medrosos, que no saben leer más allá de la literalidad de los artículos. En conjunto con la Ley General de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, obra de ese otro gran jurista y juez que fue don Gonzalo Retana Sandí, ambos cuerpos normativos son el fundamento positivo del moderno derecho administrativo costarricense, al que desde la cátedra, la judicatura, la abogacía, la legislación, y con el ejemplo y estímulo a otros, don Rodolfo contribuyó tanto.

Sin embargo, resultaron insuficientes: litigantes, administradores y jueces no las comprendían o les tenían temor, y, pese a su perfección técnica, la defensa del administrado terminaba enredada en cuestiones procesales o en los privilegios de la administración. Entonces se produce la gran creación personal de don Rodolfo: la Sala Constitucional, a partir de un proyecto de la Corte, que transforma y le da vuelta por completo. Nace así la Sala como órgano defensor del ciudadano y del ordenamiento, frente a los abusos del poder y del funcionario, que no es el Estado –como en actitud medrosa se venía entendiendo– sino que, por el contrario, atentan contra el fundamento mismo del Estado que es la Constitución.

El gran jurista de proyección continental, exintegrante de la Corte Interamericana, regresa entonces a la judicatura como miembro de la nueva Sala Constitucional. En esta etapa fue decisivo, porque, por buenas que sean las leyes, no funcionan si buenos jueces no las

hacen valer. El espíritu, la valentía, la sabiduría y profundidad de los buenos pronunciamientos de la Sala Constitucional le deben mucho, y en no pocas ocasiones, todo. Ese talante de la Sala, que fue predominante, sobre todo en su primera etapa, y en el que concurrieron otros muy valiosos magistrados, es lo que la gente percibe favorablemente como “la Sala IV”, bastión de la Constitución y del ciudadano frente a los abusos del poder. Este es el gran activo o patrimonio institucional nacional, herencia de Rodolfo Piza al país, que sus compañeros de Sala tienen el gran reto de mantener y rescatar en momentos difíciles, cuando el exceso de trabajo, la incomprensión de algunos comentaristas y los celos de diputados y gobernantes, conspiran para destruirlo.

Todo esto fue la proyección del concepto de Rodolfo Piza sobre la justicia en el Estado de Derecho, instrumentado por su inteligencia y valentía. De la justicia, como la gran virtud de los gobernantes, tal como se conoce desde Aristóteles. Y de que los tribunales son de “justicia”, como lo dice hasta el rótulo a su entrada –pero que se olvida con facilidad– y no de procedimientos, elusión de responsabilidad, imposibilidades o trampas.

La vida del justo. Tal como el propio don Rodolfo lo escribió, a partir de la bienaventuranza prometida a “los que tienen hambre y sed de justicia” (Mateo 5.6), y “la senda de los justos... como una luz brillante” (Proverbios 4.18):

Estos son mi verdad y mi legado, sólo para que se reconozcan cuando muera, teniendo a Dios como testigo inmenso, o a su perdón como consuelo ama-

do... y tomando por testigo, Él lo quiera, al Dios que quita lo que Él sólo ha dado, estoy contento de partir tranquilo, sabiendo que a sabiendas no he hecho daño.

CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS

A consolidação da personalidade e da capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional*

*Antônio Augusto Cançado Trindade***

Sumário: I. Introdução: Breves Precisões Preliminares. II. O Indivíduo como Sujeito do Direito das Gentes, no Pensamento dos Autores Clássicos. III. A Exclusão do Indivíduo do Ordenamento Jurídico Internacional pelas Distorções do Positivismo Jurídico Estatal. IV. A Personalidade Jurídica do Indivíduo como Resposta a uma Necessidade da Comunidade Internacional. V. O Resgate do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional na Doutrina Jurídica do Século XX. VI. A Atribuição de Deveres ao Indivíduo Diretamente pelo Direito Internacional. VII. A Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo. VIII. O Direito Subjetivo os Direitos Humanos e a

* Trabalho de pesquisa que serviu de base à conferência ministrada pelo Autor na Corte Suprema de Justiça de El Salvador, em San Salvador, no dia 10 de setembro de 2002, às 17:00 horas, no âmbito das comemorações do XXII Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Direito Internacional (IHLADI), copatrocinado pela Corte Suprema de Justiça de El Salvador.

** Ph.D. (Cambridge); Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília, Brasil; Membro do IHLADI e do *Institut de Droit International*. Membro dos Conselhos Diretivos do Instituto Interamericano de Direitos Humanos e do Instituto Internacional de Direitos Humanos.

Nova Dimensão da Titularidade Jurídica Internacional do Ser Humano. IX. Reflexões Finais: A Subjetividade Internacional do Indivíduo como o Maior Legado da Ciência Jurídica do Século XX.

I. Introdução: Breves Precisações Preliminares

Constitui para mim motivo de particular satisfação poder dirigir-me a esta seleta audiência na Corte Suprema de Justiça de El Salvador, no âmbito das comemorações correntes em San Salvador do XXII Congresso do Instituto Hispano-Luso-Americano e Filipino de Direito Internacional (IHLADI), para abordar um tema a cujo exame tenho me dedicado por muitos anos: o da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Trata-se de um capítulo fundamental do Direito Internacional, que vem passando por uma evolução considerável nas últimas décadas, a requerer assim uma atenção bem maior e mais cuidadosa do que a dispensada ao tema até o presente por grande parte da doutrina jurídica, aparentemente ainda apegada a posições dogmático-ideológicas do passado. No meu entender, a consolidação da personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do Direito Internacional constitui, como o tenho afirmado em sucessivos foros nacionais e internacionais, o legado mais precioso da ciência jurídica do século XX.

Ao retomar a presente temática nesta ocasião tão propícia, da realização do XXII Congresso do IHLADI, em que este último consolida meio século de cultivo e difusão do Direito Internacional, buscarei resumir, ao longo de minha exposição, os pontos principais de

meus mais recentes trabalhos publicados sobre a matéria¹, consoante o seguinte plano de exposição: examinarei, de início, a subjetividade internacional do indivíduo no pensamento dos autores clássicos, e, a seguir, a exclusão do indivíduo do ordenamento jurídico internacional pelo positivismo jurídico estatal, assim como o resgate do indivíduo como sujeito do Direito Internacional na doutrina jurídica do século XX. O próximo ponto de exame residirá na atribuição de deveres ao indivíduo diretamente pelo Direito Internacional.

¹ A.A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, “L’interdépendance de tous les droits de l’homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582; A.A. Cançado Trindade, “AEmancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 67 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434; A.A. Cançado Trindade, “El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional”, 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México* - UNAM (1998) pp. 131-151; A.A. Cançado Trindade, “El Acceso Directo de los Individuos a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, *XXVII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2000) pp. 243-283; A.A. Cançado Trindade, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68; A.A. Cançado Trindade, “El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, 30/31 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2001) pp. 45-71; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96.

Ressaltarei, em seqüência, a necessidade da *legitimatío ad causam* dos indivíduos no Direito Internacional (subjetividade ativa). Passarei, em seguida, ao estudo da capacidade jurídica internacional do indivíduo, concentrando-me nos fundamentos jurídicos do acesso do ser humano aos tribunais internacionais de direitos humanos, e sua participação direta no procedimento perante estes últimos, com atenção especial à natureza jurídica e ao alcance do direito de petição individual. Por último, abordarei os desenvolvimentos recentes nos sistemas europeu e interamericano de proteção dos direitos humanos, apresentando ao final minhas reflexões derradeiras sobre a matéria.

Ao longo do presente estudo, referir-me-ei freqüente-mente aos conceitos de personalidade e capacidade jurídicas no plano internacional. A título de introdução à matéria, podemos, no presente contexto, entender por personalidade a aptidão para ser titular de direitos e deveres, e por capacidade a aptidão para exercê-los por si mesmo (capacidade de exercício). Encontra-se, pois, a capacidade intimamente vinculada à personalidade; no entanto, se por alguma situação ou circunstância um indivíduo não disponha de plena capacidade jurídica (para exercer seus direitos por si próprio), nem por isso deixa de ser sujeito de direito. Com estas precisões preliminares em mente, passemos ao exame deste tema recorrente no Direito Internacional, de tanta significação e importância e de perene atualidade.

II. O Indivíduo como Sujeito do Direito das Gentes, no Pensamento dos Autores Clássicos

Ao considerar a posição dos indivíduos no Direito Internacional, não há que se perder de vista o pensamento dos chamados fundadores do direito das gentes. Há que recordar a considerável importância, para o desenvolvimento do tema, sobretudo dos escritos dos teólogos espanhóis assim como da obra grociana. No período inicial de formação do direito internacional era considerável a influência exercida pelos ensinamentos dos grandes mestres, - o que é compreensível, dada a necessidade de articulação e sistematização da matéria². Mesmo em nossos dias, é imprescindível ter presentes tais ensinamentos.

É amplamente reconhecida a contribuição dos teólogos espanhóis Francisco de Vitoria e Francisco Suárez à formação do Direito Internacional. Na visão de Suárez (autor do tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), o direito das gentes revela a unidade e universalidade do gênero humano; os Estados têm necessidade de um sistema jurídico que regule suas

² A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 20-21. Para um relato da formação da doutrina clássica, cf., *inter alia*, e.g., P. Guggenheim, *Traité de droit international public*, vol. I, Genève, Georg, 1967, pp. 13-32; A. Verdross, *Derecho Internacional Público*, 5a. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (reimpr.), pp. 47-62; Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32; L. Le Fur, "La théorie du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399.

relações, como membros da sociedade universal³. Foi, no entanto, o grande mestre de Salamanca, Francisco de Vitoria, quem deu uma contribuição pioneira e decisiva para a noção de prevalência do *Estado de Direito*: foi ele quem sustentou, com rara lucidez, em suas aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que o ordenamento jurídico obriga a todos -tanto governados como governantes,- e, nesta mesma linha de pensamento, a comunidade internacional (*totus orbis*) prima sobre o arbítrio de cada Estado individual⁴.

Em sua célebre *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), advertiu: - “(...) No que toca ao direito humano, consta que por direito humano positivo o imperador não é senhor do orbe. Isto só teria lugar pela autoridade de uma lei, e nenhuma há que tal poder outorgue(...). Tampouco teve o imperador o domínio do orbe por legítima sucessão, (...) nem por guerra justa, nem por eleição, nem por qualquer outro título legal, como é patente. Logo nunca o imperador foi senhor de todo o mundo.(...)”⁵. Na concepção de Vitoria, o direito das gentes regula uma comunidade internacional constituída de seres humanos organizados socialmente em Estados e coextensiva com a própria humanidade; a reparação das violações de direitos humanos reflete

³ Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

⁴ Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (11), pp. 30-39.

⁵ Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior*(1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

uma necessidade internacional atendida pelo direito das gentes, com os mesmos princípios de justiça aplicando-se tanto aos Estados como aos indivíduos ou povos que os formam⁶. Decorridos mais de quatro séculos e meio, sua mensagem retém uma notável atualidade.

A concepção do *jus gentium* de Hugo Grotius -cuja obra, sobretudo o *De Jure Belli ac Pacis* (1625), é situada nas origens do Direito Internacional, como veio a ser conhecida a disciplina,- esteve sempre atenta ao papel da sociedade civil. Para Grotius, o Estado não é um fim em si mesmo, mas um meio para assegurar o ordenamento social consoante a inteligência humana, de modo a aperfeiçoar a “sociedade comum que abarca toda a humanidade”⁷. Os sujeitos têm direitos *vis-à-vis* o Estado soberano, que não pode exigir obediência de seus cidadãos de forma absoluta (imperativo do bem comum); assim, na visão de Grotius, a razão de Estado tem limites, e a concepção absoluta desta última torna-se aplicável nas relações tanto internacionais quanto internas do Estado⁸.

No pensamento grociano, toda norma jurídica -seja de direito interno ou de direito das gentes- cria direitos

⁶ A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 e 172.

⁷ P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 e 203.

⁸ *Ibid.*, pp. 219-220 e 217.

e obrigações para as pessoas a quem se dirigem; a obra precursora de Grotius, já no primeiro meado do século XVII, admite, pois, a possibilidade da proteção internacional dos direitos humanos contra o próprio Estado⁹. Ainda antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sustentava, em fins do século XVI, que é o Direito que regula a convivência entre os membros da *societas gentium* universal¹⁰.

Há, pois, que ter sempre presente o verdadeiro legado da tradição grociana do Direito Internacional. A comunidade internacional não pode pretender basear-se na *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante a necessidade histórica de regular as relações dos Estados emergentes, sustentava Grotius que as relações internacionais estão sujeitas às normas jurídicas, e não à “razão de Estado”, a qual é incompatível com a própria existência da comunidade internacional: esta última não pode prescindir do Direito¹¹. O ser humano e o seu bem estar ocupam posição central no sistema das relações internacionais¹². Nesta linha de pensamento, também Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672) também sustentou “a sujeição do legislador à mais alta lei da natureza

⁹ *Ibid.*, pp. 243 e 221.

¹⁰ A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

¹¹ Cf., a respeito, o estudo clássico de Hersch Lauterpacht, “The Grotian Tradition in International Law”, 23 *British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53.

¹² Por conseguinte, em casos de tirania, admitia Grotius até mesmo a intervenção humanitária; os padrões de justiça aplicam-se *vis-à-vis* tanto os Estados como os indivíduos. Hersch Lauterpacht, “The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man”, 29 *Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 e 21-31.

humana e da razão”¹³. Por sua vez, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderava que assim como os indivíduos devem, em sua associação no Estado, promover o bem comum, a seu turno o Estado tem o dever correlativo de buscar sua perfeição¹⁴.

Lamentavelmente, as reflexões e a visão dos chamados fundadores do Direito Internacional (notadamente os escritos dos teólogos espanhóis e a obra grociana), que o concebiam como um sistema verdadeiramente *universal*¹⁵, vieram a ser suplantadas pela emergência do positivismo jurídico, que personificou o Estado dotando-o de “vontade própria”, reduzindo os direitos dos seres humanos aos que o Estado a estes “concedia”. O consentimento ou a vontade dos Estados (o positivismo voluntarista) tornou-se o critério predominante no direito internacional, negando *jus standi* aos indivíduos, aos seres humanos¹⁶. Isto dificultou a compreensão da comunidade internacional, e enfraqueceu o próprio

¹³ *Ibid.*, p. 26.

¹⁴ C. Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbrou os Estados-nação como membros de uma *civitas maxima*, conceito que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando a necessidade de “realismo”, pretendeu substituir por uma “sociedade de nações” (conceito menos avançado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para uma crítica a esse retrocesso (incapaz de fundamentar o princípio de *obrigação* no direito internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

¹⁵ C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

¹⁶ P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (8), pp. 36-37.

Direito Internacional, reduzindo-o a direito estritamente inter-estatal, não mais *acima* mas *entre* Estados soberanos¹⁷. As conseqüências desastrosas desta distorção são sobejamente conhecidas.

III.A Exclusão do Indivíduo do Ordenamento Jurídico Internacional pelas Distorções do Positivismo Jurídico Estatal

A personificação do Estado todo-poderoso, inspirada na filosofia do direito de Hegel, teve uma influência nefasta na evolução do Direito Internacional em fins do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. Esta corrente doutrinária resistiu com todas as forças ao ideal de emancipação do ser humano da tutela absoluta do Estado, e ao reconhecimento do indivíduo como sujeito do Direito Internacional. Contra esta posição reacionária se posicionou, dentre outros, Jean Spiropoulos, em luminosa monografia intitulada *L'individu en Droit international*, publicada em Paris em 1928¹⁸: a contrário do que se depreendia da doutrina hegeliana, -ponderou o autor,- o Estado não é um ideal supremo submisso tão só a sua própria vontade, não é um fim em si mesmo, mas sim “um meio de realização das aspirações e necessidades vitais dos indivíduos”, sendo, pois, necessário proteger o ser humano contra a lesão de seus direitos por seu próprio Estado¹⁹.

¹⁷ *Ibid.*, p. 37.

¹⁸ J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 e 33, e cf. p. 19.

¹⁹ *Ibid.*, p. 55; uma evolução nesse sentido, agregou, haveria de aproximar-nos do ideal da *civitas maxima*.

No passado, os positivistas se vangloriavam da importância por eles atribuída ao método da *observação* (negligenciado por outras correntes de pensamento), o que contrasta, porém, com sua total incapacidade de apresentar diretrizes, linhas mestras de análise, e sobretudo *princípios* gerais orientadores²⁰. No plano normativo, o positivismo se mostrou subserviente à ordem legal estabelecida, e convalidou os abusos praticados em nome desta. Mas já em meados do século XX, a doutrina jusinternacionalista mais esclarecida se distanciava definitivamente da formulação hegeliana e neo-hegeliana do Estado como repositório final da liberdade e responsabilidade dos indivíduos que o compunham, e que nele [no Estado] se integravam inteiramente²¹.

A velha polêmica, estéril e ociosa, entre monistas e dualistas, erigida em falsas premissas, não surpreendentemente deixou de contribuir aos esforços doutrinários em prol da emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado. Com efeito, o que fizeram tanto os dualistas como os monistas, neste particular, foi “personificar” o Estado como sujeito do Direito Internacional²². Os monistas descartaram todo antropomorfismo, afirmando a subjetividade internacional do Estado por uma análise da pessoa jurídica²³; e os dualistas -a exemplo de H. Triepel e D. Anzilotti-

²⁰ Cf. L. Le Fur, “La théorie du droit naturel...”, *op. cit. supra* n. (3), p. 263.

²¹ W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

²² Cf. C.Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international...”, *op. cit. infra* n. (71), p. 405.

²³ *Ibid.*, p. 406.

não se contiveram em seus excessos de caracterização dos Estados como sujeitos únicos do Direito Internacional²⁴.

Toda uma corrente doutrinária, -do positivismo tradicional,- formada, além de Triepel e Anzilotti, também por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslob, dentre outros, passou a sustentar que somente os Estados eram sujeitos do Direito Internacional Público. A mesma postura foi adotada pela antiga doutrina soviética do Direito Internacional, com ênfase na chamada “coexistência pacífica” interestatal²⁵. Contra esta visão se insurgiu uma corrente oposta, a partir da publicação, em 1901, do livro de Léon Duguit *L'État, le droit objectif et la loi positive*, formada por G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis e G. Scelle, dentre outros, sustentando, *a contrario sensu*, que em última análise somente os indivíduos, destinatários de todas normas jurídicas, eram sujeitos do Direito Internacional (cf. *infra*).

A idéia da soberania estatal absoluta, que levou à irresponsabilidade e à pretensa onipotência do Estado, não impedindo as sucessivas atrocidades por este cometidas contra os seres humanos, mostrou-se com o passar do tempo inteiramente descabida. O Estado -hoje se reconhece- é responsável por todos os seus atos

²⁴ Para uma crítica à incapacidade da tese dualista de explicar o acesso dos indivíduos à jurisdição internacional, cf. Paul Reuter, “Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public”, *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 e 551.

²⁵ Cf., e.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/d], pp. 93-98 e 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

-tanto *jure gestionis* como *jure imperii*- assim como por todas suas omissões. Criado pelos próprios seres humanos, por eles composto, para eles existe, para a realização de seu bem comum. Em caso de violação dos direitos humanos, justifica-se assim plenamente o *acesso direto* do indivíduo à jurisdição internacional, para fazer valer tais direitos, inclusive contra o próprio Estado²⁶.

IV.A Personalidade Jurídica do Indivíduo como Resposta a uma Necessidade da Comunidade Internacional

O indivíduo é, pois, sujeito do direito tanto interno como internacional²⁷. Para isto tem contribuído, no

²⁶ Stefan Glaser, “Les droits de l’homme à la lumière du droit international positif”, *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, e cf. pp. 105-106 e 114-116. Daí a importância da competência obrigatória dos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos; *ibid.*, p. 118.

²⁷ Sobre a evolução histórica da personalidade jurídica no direito das gentes, cf. H. Mosler, “Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public”, *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, “Some Reflections on Juridical Personality in International Law”, *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, 179 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, “The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts”, *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Asser Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Asser Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, “La personnalité juridique dans le système du droit des gens” *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171.

plano internacional, a considerável evolução nas últimas décadas não só do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como do mesmo modo do Direito Internacional Humanitário. Também este último considera as pessoas protegidas não como simples objeto da regulamentação que estabelecem, mas como verdadeiros sujeitos do direito internacional. É o que se depreende, e.g., da posição das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Internacional Humanitário de 1949, erigida a partir dos direitos das pessoas protegidas (e.g., III Convenção, artigos 14 e 78; IV Convenção, artigo 27); tanto é assim que as quatro Convenções de Genebra proíbem claramente aos Estados Partes derrogar -por acordos especiais- as regras nelas enunciadas e em particular restringir os direitos das pessoas protegidas nelas consagrados (I, II e III Convenções, artigo 6; e IV Convenção, artigo 7)²⁸. Na verdade, as primeiras Convenções de Direito Internacional Humanitário (já na passagem do século XIX ao XX) foram pioneiras ao expressar a preocupação internacional pela sorte dos seres humanos nos conflitos armados, reconhecendo o indivíduo como beneficiário direto das obrigações convencionais estatais²⁹.

Com efeito, já há muito vem repercutindo, no *corpus* e aplicação do Direito Internacional Humanitário, o impacto da normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos: as aproximações e convergências dentre estas duas vertentes do Direito, e também a do

28 S. Glaser, *op. cit. supra* n. (27), p. 123.

29 K.J. Partsch, "Individuals in International Law", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959.

Direito Internacional dos Refugiados, nos planos tanto normativo como hermenêutico e operacional, têm contribuído a superar as compartimentalizações artificiais do passado, e a aperfeiçoar e fortalecer a proteção internacional da pessoa humana -como *titular* dos direitos que lhe são inerentes- em todas e quaisquer circunstâncias³⁰. Assim, o próprio Direito Internacional Humanitário gradualmente se desvencilha de uma ótica obsoleta puramente interestatal, dando cada vez maior ênfase -à luz dos princípios de humanidade- às pessoas protegidas e à responsabilidade pela violação de seus direitos³¹.

Carecem, definitivamente, de sentido, as tentativas do passado de negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional, por não lhe serem reconhecidas algumas das capacidades de que são detentores os Estados (como, e.g., a de celebrar tratados). Tampouco no plano do direito interno, nem todos os indivíduos participam, direta ou indiretamente, no processo legiferante, e nem por isso deixam de ser sujeitos de direito. O movimento internacional em prol dos direitos humanos, desencadeado pela Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, veio a desautorizar estas falsas analogias, e a superar distinções tradicionais (e.g., com base na nacionalidade): são sujeitos de direito “todas as criaturas humanas”, como membros da “sociedade universal”, sendo

³⁰ A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, Comité Internacional de la Cruz Roja, 1996, pp. 1-66.

³¹ Th. Meron, “The Humanization of Humanitarian Law”, 94 *American Journal of International Law* (2000) pp. 239-278.

“inconcebível” que o Estado venha a negar-lhes esta condição³².

Ademais, os indivíduos e as organizações não-governamentais assumem um papel cada vez mais relevante na formação da *opinio juris* internacional. Se, há algumas décadas atrás, era possível abordar o processo de formação das normas do direito internacional geral com atenção voltada tão só às “fontes estatais” e “interestatais” das “formas escritas do direito internacional”³³, em nossos dias não é mais possível deixar de igualmente reconhecer as “fontes não-estatais”, decorrentes da atuação da sociedade civil organizada no plano internacional. No plano global, artigo 71 da Carta das Nações Unidas tem servido de base ao *status* consultivo das organizações não-governamentais (ONGs) atuantes no âmbito da ONU, e a recente resolução 1996/31, de 1996, do Conselho Econômico e Social (ECOSOC) das Nações Unidas, regulamenta com detalhes as relações entre a ONU e as ONGs com *status* consultivo³⁴.

No plano regional, a Convenção Européia sobre o Reconhecimento da Personalidade Jurídica das Orga-

³² R. Cassin, “L’homme, sujet de droit international et la protection des droits de l’homme dans la société universelle”, in *La technique et les principes du Droit public - Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

³³ Cf. R. Pinto, “Tendances de l’élaboration des formes écrites du Droit international”, in *L’élaboration du Droit international public* (Colloque de Toulouse, Société Française pour le Droit International), Paris, Pédone, 1975, pp. 13-30.

³⁴ Para um estudo geral, cf., e.g., F. Hondius, “La reconnaissance et la protection des ONGs en Droit international”, 1 *Associations Transnationales* (2000) pp. 2-4; M.H. Posner e C. Whittome, “The Status of Human Rights NGOs”, 25 *Columbia Human Rights Law Review* (1994) pp. 269-290; J. Ebbesson, “The Notion of Public Participation in International Environmental Law”, 8 *Yearbook of International Environmental Law* (1997) pp. 51-97.

nizações Não-Governamentais Internacionais (de 24.04.1986), e.g., dispõe sobre os elementos constitutivos das ONGs (artigo 1) e sobre a *ratio legis* de sua personalidade e capacidade jurídicas (artigo 2). Nos últimos anos, os particulares e as ONGs têm participado nos *travaux préparatoires* de determinados tratados internacionais (e.g., a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989³⁵, e a Convenção de Ottawa sobre a Proibição de Minas Anti-Pessoal de 1997³⁶).

A crescente atuação, no plano internacional, das ONGs e outras entidades da sociedade civil tem tido um inevitável impacto na teoria dos sujeitos do Direito Internacional, contribuindo a tornar os indivíduos beneficiários diretos (sem intermediários) das normas internacionais, e sujeitos do Direito Internacional, e a por um fim à anacrônica dimensão puramente interestatal deste último; ademais, sua atuação têm contribuído à prevalência de valores comuns superiores no âmbito do Direito Internacional³⁷. Os indivíduos, as ONGs e demais entidades da sociedade civil passam, assim, a atuar no processo tanto de formação como de aplicação das normas internacionais³⁸. Isto é sinto-

³⁵ Para um estudo geral, cf. S. Detrick (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child - 'A Guide to the Travaux Préparatoires'*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 1-703.

³⁶ Cf. K. Anderson, "The Ottawa Convention Banning Landmines, the Role of International Non-governmental Organizations and the Idea of International Civil Society", 11 *European Journal of International Law* (2000) pp. 91-120.

³⁷ R. Ranjeva, "Les organisations non-gouvernementales et la mise-en-oeuvre du Droit international", 270 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1997) pp. 22, 50, 67-68, 74 e 101-102.

³⁸ M. Bettati e P.-M. Dupuy, *Les O.N.G. et le Droit international*, Paris, Economica, 1986, pp. 1, 16, 19-20, 252-261 e 263-265.

mático da *democratização* das relações internacionais, a par de uma crescente *conscientização* dos múltiplos atores atuantes no cenário internacional contemporâneo³⁹ em prol de valores universais. Em suma, o próprio processo de formação e aplicação das normas do Direito Internacional deixa de ser apanágio dos Estados.

Na verdade, o reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos veio atender a uma verdadeira *necessidade* da comunidade internacional⁴⁰, que hoje busca guiar-se por valores comuns superiores. Assim, a categoria jurídica da personalidade jurídica internacional temse mostrado sensível, em particular, à *necessidade* da comunidade internacional de fornecer proteção aos seres humanos que a compõem. Com efeito, a melhor doutrina e a jurisprudência internacional sobre a matéria sustentam que os próprios sujeitos de direito em um sistema jurídico são dotados de atributos que atendem às necessidades da comunidade internacional⁴¹.

39 Ph. Sands, “Turtles and Torturers: The Transformation of International Law”, 33 *New York University Journal of International Law and Politics* (2001) pp. 530, 543, 555 e 557-559.

40 Tal como reconhecido já há décadas; cf. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l’homme*, Paris, Eds. Internationales, 1931, pp. 95-96, 103 e 138; Charles de Visscher, “Rapport - ‘Les droits fondamentaux de l’homme, base d’une restauration du Droit international’”, *Annuaire de l’Institut de Droit International* (1947) pp. 3 e 9; G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), p. 48; Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 e 249.

41 Corte Internacional de Justiça, Parecer sobre as *Reparações de Danos*, *ICJ Reports* (1949) p. 178: - “The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the

Daí que, -como assinala com perspicácia Paul de Visscher,- enquanto “o conceito de pessoa jurídica é unitário como conceito”, dada a unidade fundamental da pessoa humana que “encontra em si mesma a justificação última de seus próprios direitos”, a capacidade jurídica, por sua vez, revela uma variedade e multiplicidade de alcances⁴². Mas tais variações do alcance da capacidade jurídica, -inclusive suas limitações com relação, e.g., às crianças, aos idosos, às pessoas com faltas de capacidade mental, aos apátridas, dentre outros,- em nada afetam a personalidade jurídica de todos os seres humanos, expressão jurídica da dignidade a eles inerente. Em seu recente Parecer n. 17, de 28 de agosto de 2002, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assinalou que “em conformidade com a normativa contemporânea do Direito Internacional dos Direitos Humanos, na qual se situa o artigo 19 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, *as crianças são titulares de direitos e não só objeto de proteção*”⁴³.

Assim, em suma, toda pessoa humana é dotada de personalidade jurídica, a qual impõe limites ao poder estatal. A capacidade jurídica varia em razão da condição jurídica de cada um para realizar determinados atos. No entanto, ainda que varie tal capacidade de exercício, todos os indivíduos são

progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States”.

⁴² Paul de Visscher, “Cours Général de Droit international public”, 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, e cf. pp. 45 e 55.

⁴³ Ponto resolutivo n. 1 do supracitado Parecer (ênfase acrescentada).

dotados de personalidade jurídica. Os direitos humanos reforçam este atributo universal da pessoa humana, dado que a todos os seres humanos correspondem de igual modo a personalidade jurídica e o amparo do Direito, independentemente de sua condição existencial ou jurídica.

V. O Resgate do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional na Doutrina Jurídica do Século XX

Ao reconhecimento de direitos individuais deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los, nos planos tanto nacional como internacional. É mediante a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos que a proteção dos direitos humanos se torna uma realidade⁴⁴. Mas ainda que, pelas circunstâncias da vida, certos indivíduos (e.g., crianças, enfermos mentais, idosos, dentre outros) não possam exercer plenamente sua capacidade de exercício (e.g., no direito civil), nem por isso deixam de ser titulares de direitos, oponíveis inclusive ao Estado⁴⁵. Independentemente das circunstâncias, o indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional, tal

⁴⁴ Cf., no tocante à proteção internacional, A.A. Cançado Trindade, “The Consolidation of the Procedural Capacity of Individuals in the Evolution of the International Protection of Human Rights: Present State and Perspectives at the Turn of the Century”, 30 *Columbia Human Rights Law Review* - New York (1998) pp. 1-27; A.A. Cançado Trindade, “The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments”, *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l’homme à l’aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544.

⁴⁵ P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 226-227.

como sustenta a doutrina mais lúcida, desde a dos chamados fundadores da disciplina⁴⁶. Os direitos humanos foram concebidos como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.

Poder-se-ia argumentar que o mundo contemporâneo é inteiramente distinto do da época dos chamados fundadores do Direito Internacional (*supra*), que propugnaram por uma *civitas maxima* regida pelo direito das gentes. Ainda que se trate de dois cenários mundiais diferentes (ninguém o negaria), a aspiração humana é a mesma, qual seja, a da construção de um ordenamento internacional aplicável tanto aos Estados (e organizações internacionais) quanto aos indivíduos, consoante certos padrões universais de justiça.

Constantemente tem se identificado um “renascimento” contínuo do direito natural, ainda que este último jamais tenha desaparecido. Isto tem-se dado ante o conservadorismo e a degeneração do positivismo jurídico, consubstanciando o *status quo*, com sua subserviência típica ao poder (inclusive nos regimes autoritários, ditatoriais e totalitários). Não mais se trata de um retorno ao direito natural clássico, mas sim da afirmação ou restauração de um padrão de justiça, pelo qual se avalia o direito positivo⁴⁷. O “renascimento”

⁴⁶ Cf. *ibid.*, pp. 223 e 215.

⁴⁷ J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, e cf. pp. 97-98 e 102; C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 e 207. E, para um estudo geral recente, cf. Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; e cf. também A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203.

contínuo do direito natural reforça a universalidade dos direitos humanos, porquanto inerentes a todos los seres humanos, - em contraposição às normas positivas, que carecem de universalidade, por variarem de um meio social a outro⁴⁸. Daí se depreende a importância da personalidade jurídica do titular de direitos⁴⁹, inclusive como limite às manifestações arbitrárias do poder estatal.

O “eterno retorno” do jusnaturalismo tem sido reconhecido pelos próprios jusinternacionalistas⁵⁰, contribuindo em muito à afirmação e consolidação do primado, na ordem dos valores, das obrigações estatais em matéria de direitos humanos, *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo⁵¹. Esta última, testemunhando a moralização do próprio Direito, assume a vindicação dos interesses comuns superiores⁵². Os experimentos internacionais que há décadas vêm outorgando capacidade processual internacional aos indivíduos (cf. *supra/infra*) refletem, com efeito, o reconhecimento de valores comuns

⁴⁸ Vicente Ráo, *O Direito e a Vida dos Direitos*, 5a. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribs., 1999, pp. 85 e 101.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 641.

⁵⁰ A. Truyol y Serra, “Théorie du Droit international public - Cours général”, 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; J. Puente Egido, “Natural Law”, in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

⁵¹ J.A. Carrillo Salcedo, “Derechos Humanos y Derecho Internacional”, 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

⁵² R.-J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public”, 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 e 202.

superiores consubstanciados no imperativo de proteção do ser humano em quaisquer circunstâncias.

Todo o novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de ser construído em torno dos interesses superiores do ser humano, independentemente de seu vínculo de nacionalidade ou de seu estatuto político. Daí a importância que assume, nesse novo direito de proteção, a personalidade jurídica do indivíduo, como sujeito do direito tanto interno como internacional⁵³. A aplicação e expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, vem a repercutir, não surpreendentemente, e com sensível impacto, nos rumos do Direito Internacional Público contemporâneo⁵⁴.

Ora, se o Direito Internacional Público contemporâneo reconhece aos indivíduos direitos e deveres (como o comprovam os instrumentos internacionais de direitos humanos), não há como negar-lhes personalidade internacional, sem a qual não poderia dar-se aquele reconhecimento. O próprio Direito Internacional, ao reconhecer direitos inerentes a todo ser humano, desautoriza o arcaico dogma positivista que pretendia autoritariamente reduzir tais direitos aos

⁵³ M. Virally, "Droits de l'homme et théorie générale du Droit international", *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

⁵⁴ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 17-30; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 23-194; A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1048-1109; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-58 e 375-427.

“concedidos” pelo Estado. O reconhecimento do indivíduo como sujeito tanto do direito interno como do direito internacional, dotado em ambos de plena capacidade processual (cf. *infra*), representa uma verdadeira revolução jurídica, à qual temos o dever de contribuir. Esta revolução vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do Direito Internacional.

Com efeito, já nas primeiras décadas do século XX se reconheciam os manifestos inconvenientes da proteção dos indivíduos por intermédio de seus respectivos Estados de nacionalidade, ou seja, pelo exercício da proteção diplomática discricionária, que tornava os Estados “demandantes” a um tempo “juízes e partes”. Começava, em conseqüência, para superar tais inconvenientes, a germinar a idéia do *acesso direto* dos indivíduos à jurisdição internacional, sob determinadas condições, para fazer valer seus direitos contra os Estados, - tema este que chegou a ser efetivamente considerado pelo *Institut de Droit International* em suas sessões de 1927 e 1929⁵⁵.

Em monografia publicada em 1931, o jurista russo André Mandelstam alertou para a necessidade do reconhecimento de um *mínimo jurídico* -com a primazia do Direito Internacional e dos direitos humanos sobre o ordenamento jurídico estatal,- abaixo do qual a comunidade internacional não devia permitir que recaísse o Estado⁵⁶. Em sua visão, a “horrrível

⁵⁵ S. Sfériadès, “Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales”, 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 e 54-60.

⁵⁶ A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, e cf. p. 103.

experiência de nosso tempo” demonstrava a urgência da consagração necessária desse *mínimo jurídico*, para por um fim ao “poder ilimitado” do Estado sobre a vida e a liberdade de seus cidadãos, e à “completa impunidade” do Estado violador dos “direitos mais sagrados do indivíduo”⁵⁷.

Em seu celebrado *Précis du Droit des Gens* (1932-1934), Georges Scelle se investe contra a ficção da contraposição de uma “sociedade inter-estatal” a uma sociedade de indivíduos (nacional): uma e outra são formadas de indivíduos, sujeitos do direito interno e do direito internacional, sejam eles simples particulares (movidos por interesses privados), ou investidos de funções públicas (governantes e funcionários públicos), encarregados de velar pelos interesses das coletividades nacionais e internacionais⁵⁸. Em uma passagem particularmente significativa de sua obra, Scelle, ao identificar (já no início da década de trinta) “o movimento de extensão da personalidade jurídica dos indivíduos”, ponderou que “le seul fait que des recours super-étatiques sont institués au profit de certains individus, montre que ces individus sont désormais dotés d’une certaine compétence par le Droit international, et que la compétence des gouvernants et agents de cette société internationale est *liée* corrélativement. Les individus sont à la fois sujets de droit des collectivités nationales et de la collectivité internationale globale: ils sont *directement* sujets de droit des gens”⁵⁹.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 138.

⁵⁸ G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimpr. do CNRS, 1984), pp. 42-44.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 48.

O fato de serem os Estados compostos de seres humanos individuais -com todas as suas conseqüências- não passou despercebido de outros autores, que destacaram a importância da atribuição aos indivíduos de recursos (*remedies*) no âmbito dos mecanismos internacionais de proteção de seus direitos⁶⁰. Há os que chegam mesmo a afirmar que “a atribuição da personalidade de direito internacional ao indivíduo” constitui o domínio em que “este ramo do Direito mais progrediu nas últimas décadas”⁶¹.

Também no continente americano, mesmo antes da adoção das Declarações Americana e Universal de Direitos Humanos de 1948, floresceram manifestações doutrinárias em prol da personalidade jurídica internacional dos indivíduos. Dentre as que sustentaram tal personalidade, situa-se, e.g., as obras de Alejandro Álvarez⁶² e Hildebrando Accioly⁶³. Do mesmo modo se posicionou Levi Carneiro a respeito, ao escrever que “não subsiste obstáculo doutrinário à admissão de pleitos individuais perante a justiça internacional. (...) Ao Direito Internacional o indivíduo interessa cada vez mais”, mesmo porque “o Estado, criado no interesse do indivíduo, a este não se pode sobrepor”⁶⁴. E Philip

⁶⁰ Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijthoff/Oceana, 1974, pp. 329 e 249.

⁶¹ A. Gonçalves Pereira e F. de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3a. ed. rev., Coimbra, Almedina, 1995, p. 405, e cf. pp. 381-408.

⁶² Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 e 457-463, e cf. pp. 81, 91 e 499-500.

⁶³ Hildebrando Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

⁶⁴ Levi Carneiro, *O Direito Internacional e a Democracia*, Rio de Janeiro, A. Coelho Branco Fo. Ed., 1945, pp. 121 e 108, e cf. pp. 113, 35, 43, 126, 181 e 195.

Jessup, em 1948, ponderou que a velha acepção da soberania estatal “não é consistente com os princípios da interdependência ou interesse da comunidade e do status do indivíduo como sujeito do direito internacional”⁶⁵.

Não hesita Hersch Lauterpacht, em seu *International Law and Human Rights* (1950), em afirmar que “o indivíduo é o sujeito final de todo direito”, nada havendo de inerente ao direito internacional que o impeça de tornar-se sujeito do *law of nations* e de tornar-se parte em procedimentos perante tribunais internacionais⁶⁶. O bem comum, nos planos tanto nacional como internacional, está condicionado pelo bem-estar dos seres humanos individuais que compõem a coletividade em questão⁶⁷. Tal reconhecimento do indivíduo como sujeito de direitos também no plano do Direito Internacional acarreta uma clara rejeição dos velhos dogmas positivistas, desacreditados e insustentáveis, do dualismo de sujeitos nos ordenamentos interno e internacional, e da vontade dos Estados como fonte exclusiva do Direito Internacional⁶⁸.

Em outro estudo perspicaz, publicado também em 1950, Maurice Bourquin ponderou que a crescente preocupação do direito internacional da época com os

⁶⁵ Ph.C. Jessup, *A Modern Law of Nations - An Introduction*, New York, MacMillan Co., 1948, p. 41.

⁶⁶ H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 e 51.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁸ Cf. *ibid.*, pp. 8-9. Para uma crítica à concepção voluntarista do direito internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, “The Voluntarist Conception of International Law: A Re-assessment”, *59 Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Sottile (1981) pp. 201-240.

problemas que afetavam diretamente o ser humano revelava a superação da velha visão exclusivamente inter-estatal da ordem jurídica internacional⁶⁹. Em seu curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia, três anos depois, em 1953, Constantin Eustathiades vinculou a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional (dos mesmos, a par da dos Estados). Como reação da consciência jurídica universal, o desenvolvimento dos direitos e deveres do indivíduo no plano internacional, e sua capacidade de agir para defender seus direitos, encontram-se vinculados a sua capacidade para o delito internacional; a responsabilidade internacional abarca, assim, em sua visão, tanto a proteção dos direitos humanos como a punição dos criminosos de guerra (formando um todo)⁷⁰.

Dada, pois, a capacidade do indivíduo, tanto para mover uma ação contra um Estado na proteção de seus direitos, como para cometer um delito no plano internacional, não há como negar sua condição de sujeito do Direito Internacional⁷¹. À mesma conclusão

⁶⁹ Maurice Bourquin, “L’humanisation du droit des gens”, *La technique et les principes du Droit public - Études en l’honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 21-54.

⁷⁰ C.Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - nouvelles tendances”, 84 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 402, 412-413, 424, 586-589, 601 e 612. Tratava-se, pois, de proteger o ser humano não só contra a arbitrariedade estatal, mas também contra os abusos dos próprios indivíduos; *ibid.*, p. 614. Cf., no mesmo sentido, W. Friedmann, *The Changing Structure...*, *op. cit. supra* n. (22), pp. 234 e 248.

⁷¹ C.Th. Eustathiades, “Les sujets du Droit international...”, *op. cit. supra* n. (67), pp. 426-427, 547 e 610-611. Ainda que não endossasse a teoria de Duguit e Scelle (dos indivíduos como únicos sujeitos do direito internacional), - tida como expressão da “escola sociológica”

chegou Paul Guggenheim, em curso ministrado também na Academia da Haia, um ano antes, em 1952: como o indivíduo é “sujeito de deveres” no plano do Direito Internacional, não há como negar sua personalidade jurídica internacional, reconhecida inclusive pelo próprio direito internacional *consuetudinário*⁷².

Ainda em meados do século XX, nos primeiros anos de aplicação da Convenção Européia de Direitos Humanos, Giuseppe Sperduti escrevia que os particulares haviam se tornado “titulares de interesses internacionais legítimos”, porquanto já se iniciara, no Direito Internacional, um processo de emancipação dos indivíduos da “tutela exclusiva dos agentes estatais”⁷³. A própria experiência jurídica da época contradizia categoricamente a teoria infundada de que os indivíduos eram simples *objetos* do ordenamento jurídico internacional, e destruía outros preconceitos do positivismo estatal⁷⁴. Na doutrina jurídica de então se tornava patente o reconhecimento da expansão da

do direito internacional na França, - Eustathiades nela reconheceu o grande mérito de reagir à doutrina tradicional que visualizava nos Estados os únicos sujeitos do direito internacional; o reconhecimento da subjetividade internacional dos indivíduos, a par da dos Estados, veio transformar a estrutura do direito internacional e fomentar o espírito de solidariedade internacional; *ibid.*, pp. 604-610. Os indivíduos emergiram como sujeitos do direito internacional, mesmo sem participar do processo de criação de suas normas; *ibid.*, p. 409.

72 P. Guggenheim, “Les principes de Droit international public”, 80 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1952) pp. 116, e cf. pp. 117-118.

73 G. Sperduti, “L'individu et le droit international”, 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) pp. 824, 821 e 764.

74 *Ibid.*, pp. 821-822; e cf. também G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.

proteção dos indivíduos no ordenamento jurídico internacional⁷⁵.

Em um artigo publicado em 1967, René Cassin, que participara do processo preparatório da elaboração da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948⁷⁶, acentuou com eloqüência que o avanço representado pelo acesso dos indivíduos a instâncias internacionais de proteção, assegurado por muitos tratados de direitos humanos: - “(...) Se ainda subsiste na terra grandes zonas onde milhões de homens ou mulheres, resignados a seu destino, não ousam proferir a menor reclamação ou nem sequer a conceber que um recurso qualquer seja possível, estes territórios diminuem a cada dia. A tomada de consciência de que uma emancipação é possível torna-se cada vez mais geral. (...) A primeira condição de toda justiça, qual seja, a possibilidade de encurralar os poderosos para sujeitar-se a (...) um controle público, se satisfaz hoje em dia muito mais freqüentemente que no passado. (...) O fato de que a resignação sem esperança, de que o muro do silêncio e de que a ausência de todo recurso estejam em vias de redução ou de desaparecimento, abre à humanidade em marcha perspectivas alentadoras (...)”⁷⁷.

Na articulação de Paul Reuter, a partir do momento em que se satisfazem duas condições básicas, os

⁷⁵ C. Parry, “Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law”, 90 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

⁷⁶ Como *rapporteur* do Grupo de Trabalho da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, encarregado de preparar o projeto da Declaração (maio de 1947 a junho de 1948).

⁷⁷ R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10.

particulares se tornam sujeitos do Direito Internacional; estas condições são, primeiramente, “ser titulares de direitos e obrigações estabelecidos diretamente pelo Direito Internacional”, e, em segundo lugar, “ser titulares de direitos e obrigações sancionados diretamente pelo Direito Internacional”⁷⁸. Para o jurista francês, a partir do momento em que o indivíduo dispõe de um recurso a um órgão de proteção internacional (acesso à jurisdição internacional) e pode, assim, dar início ao procedimento de proteção, torna-se sujeito do Direito Internacional⁷⁹. Na mesma linha de pensamento, “a verdadeira pedra de toque da personalidade jurídica internacional do indivíduo”, no dizer de Eduardo Jiménez de Aréchaga, reside na atribuição de direitos e dos meios de ação para assegurá-los. A partir do momento em que isto ocorre, como efetivamente ocorreu no plano internacional, -agregou o jurista uruguaio,- fica evidenciado que “nada há de inerente à estrutura do ordenamento jurídico internacional” que impeça o reconhecimento aos indivíduos de direitos que emanam diretamente do Direito Internacional, assim como de recursos internacionais para a proteção desses direitos⁸⁰.

⁷⁸ P. Reuter, *Droit international public*, 7a. ed., Paris, PUF, 1993, p. 235, e cf. p. 106.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 238.

⁸⁰ E. Jiménez de Aréchaga, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, pp. 207-208. - Para A. Cassese, o *status* jurídico internacional de que hoje desfrutam os indivíduos representa um notável avanço do direito internacional contemporâneo, mesmo que a capacidade jurídica dos indivíduos ainda comporte limitações; ademais, quanto a suas obrigações os indivíduos se associam aos demais membros da comunidade internacional, pois também deles se exige o respeito a certos valores fundamentais hoje universalmente reconhecidos; A. Cassese, *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 79-85.

Em estudo publicado em 1983, J. Barberis ponderou que, para que os indivíduos sejam sujeitos de direito, mister se faz que o ordenamento jurídico em questão lhes atribua direitos ou obrigações (como é o caso do direito internacional); os sujeitos de direito são, assim, heterogêneos, -acrescentou,- e os teóricos que só vislumbravam os Estados como tais sujeitos simplesmente distorciam a realidade, deixando de tomar em conta as transformações por que tem passado a comunidade internacional, ao vir a admitir esta última que atores não-estatais também possuem personalidade jurídica internacional⁸¹. Com efeito, estudos sucessivos sobre os instrumentos internacionais de proteção e as condições de admissibilidade das petições individuais no plano internacional passaram a enfatizar precisamente a importância histórica do reconhecimento da personalidade jurídica internacional dos indivíduos como parte demandante⁸².

⁸¹ J. Barberis, “Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale”, 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 161, 169, 171-172, 178 e 181.

⁸² Cf., e.g., R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission internationale de juristes*

(1967) pp.9-17; K. Vasak, “Le droit international des droits de l'homme”, 140 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 374-381 e 411-413; H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 54-56 e 223-251; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. pp. 68-87; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; W.P.Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 e 82-172; P. Sieghart, *The*

VI. A Atribuição de Deveres ao Indivíduo Diretamente pelo Direito Internacional

Como já assinalado, à doutrina jurídica do século XX não passou despercebido que os indivíduos, ademais de titulares de direitos no plano internacional, também têm deveres que lhe são atribuídos diretamente pelo próprio Direito Internacional⁸³. E, -o que é mais significativo,- a violação grave desses deveres, configurada nos crimes contra a humanidade, acarreta a responsabilidade penal individual *internacional, independentemente* do que dispõe a respeito o direito *interno*⁸⁴. Os desenvolvimentos contemporâneos no direito penal internacional têm, efetivamente, incidência direta na cristalização tanto do princípio da jurisdição universal como do princípio da responsabilidade penal internacional individual, componente da personalidade jurídica internacional do indivíduo (este último como sujeito tanto ativo como passivo do

International Law of Human Rights, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23; P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 61-252; M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Aix-en-Provence/Paris, Pr. Univ. d'Aix-Marseille/Economica, 1989, pp. 29 e 567-569; D.J. Harris, M. O'Boyle e C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 580-585 e 706-714; D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford, University Press, 1999, pp. 14-56 e 358-361.

⁸³ Como vimos, e.g., já há meio-século, C. Eustathiades, ao vincular a subjetividade internacional dos indivíduos à temática da responsabilidade internacional, atentou para a dimensão tanto ativa como passiva de tal subjetividade, esta última em razão da capacidade do indivíduo para o delito internacional (sujeito passivo da relação jurídica - cf. *supra*).

⁸⁴ M.Ch. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2a. ed. rev., The Hague, Kluwer, 1999, pp. 106 e 118.

Direito Internacional, titular de direitos assim como portador de deveres emanados diretamente do *direito das gentes*).

Recorde-se que as decisões do Conselho de Segurança das Nações Unidas de estabelecer os Tribunais Penais Internacionais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia⁸⁵ (1993) e para Ruanda⁸⁶ (1994), somadas à iniciativa das Nações Unidas de criação do Tribunal Penal Internacional permanente, para julgar os responsáveis por violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário, deram um novo ímpeto à luta da comunidade internacional contra a impunidade, -como violação *per se* dos direitos humanos⁸⁷, - além de reafirmarem o princípio da responsabi-

⁸⁵ Cf. K. Lescure, *Le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yugoslavie*, Paris, Montchrestien, 1994, pp. 15-133; Antonio Cassese, "The International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia and Human Rights", 2 *European Human Rights Law Review* (1997) pp. 329-352; J.J. Shestack, "A Review and Critique of the Statute of the International Tribunal", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 149-161; E. Odio Benito, "El Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia - Justicia para la Paz", 24 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1996) pp. 133-155; Kai Ambos, "Defensa Penal ante el Tribunal de la ONU para la Antigua Yugoslavia", 25 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1997) pp. 11-28; P. Burns, "An International Criminal Tribunal: The Difficult Union of Principle and Politics", 5 *Criminal Law Forum* (1994) pp. 358-380

⁸⁶ Cf. Roy S. Lee, "The Rwanda Tribunal", 9 *Leiden Journal of International Law* (1996) pp. 37-61; [Vários Autores.], "The Rwanda Tribunal: Its Role in the African Context", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 665-715 (estudos de F. Harhoff, C. Aptel, D. Wembou, C.M. Peter, e G. Erasmus e N. Fourie); L.S. Sunga, "The Commission of Experts on Rwanda and the Creation of the International Criminal Tribunal for Rwanda - A Note", 16 *Human Rights Law Journal* (1995) pp. 121-124; O. Dubois, "Rwanda's National Criminal Courts and the International Tribunal", 37 *International Review of the Red Cross* (1997) n. 321, pp. 717-731.

⁸⁷ W.A. Schabas, "Sentencing by International Tribunals: A Human Rights Approach", 7 *Duke Journal of Comparative and International Law* (1997) pp. 461-517.

lidade penal internacional do indivíduo⁸⁸ por tais violações, e buscarem assim prevenir crimes futuros⁸⁹.

O processo de *criminalização* das violações graves dos direitos humanos e do Direito Internacional Humanitário⁹⁰ tem, com efeito, acompanhado *pari passu* a evolução do próprio Direito Internacional contemporâneo: o estabelecimento de uma jurisdição penal internacional é visto em nossos dias como um elemento que fortalece o próprio Direito Internacional, superando uma carência básica e suas insuficiências do passado quanto à incapacidade de punir criminosos de

⁸⁸ Cf., a respeito, e.g., D. Thiam, “Responsabilité internationale de l’individu en matière criminelle”, in *International Law on the Eve of the Twenty-First Century - Views from the International Law Commission / Le droit international à l’aube du XXe siècle - Réflexions de codificateurs*, N.Y., U.N., 1997, pp. 329-337.

⁸⁹ Os antecedentes destes esforços recentes de estabelecimento de uma jurisdição penal internacional remontam às antigas comissões internacionais *ad hoc* de investigação (a partir de 1919), e sobretudo aos célebres Tribunais de Nuremberg (estabelecido em agosto de 1945) e de Tóquio (estabelecido em janeiro de 1946). Cf. M.R. Marrus, *The Nuremberg War Crimes Trial 1945-1946 - A Documentary History*, Boston/N.Y., Bedford Books, 1997, pp. 1-268.

M.C. Bassiouni, “From Versailles to Rwanda in Seventy-Five Years: The Need to Establish a Permanent International Criminal Court”, 10 *Harvard Human Rights Journal* (1997) pp. 11-62.

⁹⁰ Cf. G. Abi-Saab, “The Concept of ‘International Crimes’ and Its Place in Contemporary International Law”, *International Crimes of State - A Critical Analysis of the ILC’s Draft Article 19 on State Responsibility* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 141-150; B. Graefrath, “International Crimes - A Specific Regime of International Responsibility of States and Its Legal Consequences”, in *ibid.*, pp. 161-169; P.-M. Dupuy, “Implications of the Institutionalization of International Crimes of States”, in *ibid.*, pp. 170-185; M. Gounelle, “Quelques remarques sur la notion de ‘crime international’ et sur l’évolution de la responsabilité internationale de l’État”, *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 315-326; L.C. Green, “Crimes under the I.L.C. 1991 Draft Code”, 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 19-39.

guerra⁹¹. Os *travaux préparatoires*⁹² do Estatuto do Tribunal Penal Internacional permanente, adotado na Conferência de Roma de 1998, como era de se esperar, a par da responsabilidade do Estado, contribuíram ao pronto reconhecimento, no âmbito de aplicação futura do Estatuto, da responsabilidade penal internacional individual, - o que representa um grande avanço doutrinário na luta contra a impunidade pelos mais graves crimes internacionais⁹³. Este avanço, em nossos dias, se deve à intensificação do clamor de toda a humanidade contra as atrocidades que têm vitimado milhões de seres humanos em todas as partes, - atrocidades estas que não mais podem ser toleradas e que devem ser combatidas com determinação⁹⁴.

Cabe chamar a atenção para os *valores* universais superiores que se encontram subjacentes a toda a temática da criação de uma jurisdição penal interna-

91 Bengt Broms, "The Establishment of an International Criminal Court", 24 *Israel Yearbook on Human Rights* (1994) pp. 145-146.

92 Precedidos pelo Projeto de Código de Crimes contra a Paz e Segurança da Humanidade (primeira versão, 1991), preparado pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, a qual, em 1994, concluiu o seu Projeto de Estatuto de um Tribunal Penal Internacional permanente.

93 Para um estudo substancial e pioneiro, cf. C.Th. Eustathiades, "Les sujets du droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances", 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) pp. 401-614; e sobre a responsabilidade individual por um ilícito cometido no cumprimento de "ordem superior" (ilegal), cf. L.C. Green, *Superior Orders in National and International Law*, Leyden, Sijthoff, 1976, pp. 250-251 e 218; Y. Dinstein, *The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 93-253.

94 Neste propósito, a adoção do Estatuto do Tribunal Penal Internacional pela Conferência de Roma de 1998 constitui uma conquista da comunidade internacional como um todo, na firme batalha contra a impunidade e em defesa da dignidade da pessoa humana.

cional em base permanente. A cristalização da responsabilidade penal internacional dos indivíduos (a par da responsabilidade do Estado), e o processo em curso da criminalização das violações graves dos direitos humanos e do Direito Humanitário⁹⁵, constituem elementos de crucial importância ao combate à impunidade⁹⁶, e ao tratamento a ser dispensado a violações passadas, na proteção dos direitos humanos.

Em uma intervenção nos debates de 12 de março de 1986 da Conferência de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, me permiti

⁹⁵ Assim, começa a florescer a jurisprudência dos Tribunais *ad hoc* tanto (a partir de 1995) para a ex-Iugoslávia (casos *Tadic*, *Drazen Erdemovic*, *Blaskic*, *Mucic*, *Delic*, *Delalic e Landzo*, *Karadzic*, *Mladic e Stanisic*, *Zeljko Meakic et alii* [19 membros das forças sérvias], *Djukic*, *Lajic*, e caso da *Área do Vale do Rio Lasva* [27 líderes militares e políticos bósnio-croatas; 1995], - como (a partir de 1997) para Ruanda (casos *Ntakirutimana e Kanyabashi*), e já passam de trinta as ratificações do Estatuto de Roma de 1998 do Tribunal Penal Internacional. O estudo desta temática torna-se de capital importância, neste início do século XXI, em que ganha cada vez maior espaço o velho ideal da realização de uma justiça internacional.

⁹⁶ No recente caso *Paniagua Morales e Outros versus Guatemala* (também conhecido como caso da “*Panel Blanca*”), a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve ocasião de formular uma clara advertência quanto ao dever do Estado de combater a impunidade. Em sua Sentença quanto ao mérito (de 08.03.1998) naquele caso, a Corte conceituou como *impunidade* “a falta em seu conjunto de investigação, perseguição, captura, julgamento e condenação dos responsáveis pelas violações dos direitos protegidos pela Convenção Americana, uma vez que o Estado tem a obrigação de combater tal situação por todos os meios legais disponíveis já que a impunidade propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos e a total vulnerabilidade (*indefensión*) das vítimas e de seus familiares” (Série C, n. 37, par. 173). Afirmou, ademais, a Corte, o dever do Estado (sob o artigo 1(1) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) de “organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos”, dever este - agregou significativamente a Corte - que “se impõe independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam agentes do poder público, particulares, ou grupos deles” (*ibid.*, par. 174).

advertir para a manifesta incompatibilidade com o conceito de *jus cogens*⁹⁷ da concepção voluntarista do Direito Internacional⁹⁸. À responsabilidade internacional *objetiva* dos Estados corresponde necessariamente a noção de *ilegalidade objetiva* (um dos elementos subjacentes ao conceito de *jus cogens*). Em nossos dias, ninguém ousaria negar a ilegalidade objetiva de práticas sistemáticas de tortura, de execuções sumárias e extra-legais, e de desaparecimento forçado de pessoas, -práticas estas que representam crimes de lesa-humanidade,- condenadas pela consciência jurídica universal⁹⁹, a par da aplicação de tratados.

97 Sobre a formação e o desenvolvimento do conceito de *jus cogens* no direito internacional contemporâneo, cf., e.g.: J. Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Wien/N.Y., Springer-Verlag, 1974, pp. 1-194; C.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1976, pp. 1-194; A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 7-227; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; Ch. de Visscher, "Positivisme et jus cogens", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; A. Verdross, "Jus Dispositivum and Jus Cogens in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, pp. 13-15; H. Mosler, "Ius Cogens im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, "Contribution à l'étude du jus cogens en Droit international", *Recueil d'études de Droit international en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, IUHEI, 1968, pp. 426-459.

98 Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (Vienna, 1986) - Official Records*, vol. I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervenção de A.A. Cançado Trindade, Subchefe da Delegação do Brasil). Com efeito, a referida concepção voluntarista se mostra incapaz de explicar sequer a formação de regras do direito internacional geral e a incidência no processo de formação e evolução do direito internacional contemporâneo de elementos independentes do livre arbítrio dos Estados.

99 Em estudo recente, publicado há pouco em livro comemorativo do cinquentenário do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os

Ninguém ousaria tampouco negar que os atos de genocídio, o trabalho escravo, as práticas da tortura e dos desaparecimentos forçados de pessoas, as execuções sumárias e extra-legais, e a denegação persistente das mais elementares garantias do devido processo legal, afrontam a consciência jurídica universal, e efetivamente colidem com as normas peremptórias do *jus cogens*. Toda esta evolução doutrinária aponta na direção da consagração de obrigações *erga omnes* de proteção¹⁰⁰, ou seja, obrigações atinentes à proteção dos seres humanos devidas à comunidade internacional como um todo¹⁰¹. A consolidação das

Refugiados (ACNUR), busquei conceituar o que me permito denominar de consciência jurídica universal; cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos frente a la Conciencia Jurídica Universal”, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78.

¹⁰⁰ A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (55), vol. II, pp. 412-420. - Já é tempo de desenvolver as primeiras indicações jurisprudenciais a respeito, avançadas já há quase três décadas, no *cas célebre* da *Barcelona Traction* (1970), e perseverar nos esforços doutrinários já envidados. Recorde-se que, naquele caso, a Corte Internacional de Justiça pela primeira vez distinguiu, por um lado, as obrigações inter-estatais (próprias do *contentieux diplomatique*), e, por outro, as obrigações de um Estado *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo (obrigações *erga omnes*). Estas últimas -agregou a Corte - derivam, e.g., no direito internacional contemporâneo, *inter alia*, dos “princípios e regras referentes aos direitos fundamentais da pessoa humana”, - sendo que determinados direitos de proteção “têm-se integrado ao direito internacional geral”, e outros se encontram consagrados em instrumentos internacionais de caráter universal ou quase universal; caso da *Barcelona Traction* (Bélgica versus Espanha, 2a. fase), *ICJ Reports* (1970) p. 32, parágrafos 33-34.

¹⁰¹ Já é tempo de desenvolver sistematicamente o conteúdo, o alcance e os efeitos jurídicos das obrigações *erga omnes* de proteção no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo presente o grande potencial de aplicação da noção de *garantia coletiva*, subjacente a todos os tratados de direitos humanos, e responsável por alguns avanços já logrados neste domínio. O reconhecimento das obrigações *erga omnes* de proteção representa, em última análise, a resposta, no plano operacional, do reconhecimento, obtido na II

obrigações *erga omnes* de proteção, em meio à incidência das normas de *jus cogens*, é imprescindível aos avanços na luta contra o poder arbitrário e no fortalecimento da proteção do ser humano contra os atos de barbárie e as atrocidades contemporâneos¹⁰².

VII. A Capacidade Jurídica Internacional do Indivíduo

A par da construção de sua personalidade jurídica internacional, o acesso dos indivíduos aos tribunais

Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993), da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações de direitos humanos em toda parte e a qualquer momento. Os esforços neste sentido certamente se prolongarão neste início do século XXI, dada a dimensão do desafio do estabelecimento de tal monitoramento contínuo, que vem afirmar a universalidade dos direitos humanos nos planos não só conceitual como também operacional.

¹⁰²Há que dar seguimento à evolução alentadora da consagração das normas de *jus cogens*, impulsionada sobretudo pela *opinio juris* como manifestação da consciência jurídica universal, em benefício de todos os seres humanos. A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, in *Quem Está Escrivendo o Futuro? 25 Textos para o Século XXI* (ed. W. Araújo), Brasília, Ed. Letraviva, 2000, pp. 99-112 (1a. ed.); e in *6/7 Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434. - É significativo, e alentador, que, em sua sessão de Estrasburgo (1997), de que tive a ocasião de participar, tivesse o *Institut de Droit International* decidido - em momento de que sempre me recordarei - estabelecer uma Comissão de estudos sobre o tema “Direitos e Deveres *Erga Omnes* no Direito Internacional” (V Comissão); cf. *67 Annuaire de l’Institut de Droit International* (1997/1998)-II, p. 569. - Cf., sobre a matéria, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (55), vol. II, pp. 412-420; Y. Dinstein, “The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights”, *30 Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, “The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective”, *42 Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, “The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law”, *46 Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, “Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules”, *66 Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239.

internacionais contemporâneos para a proteção de seus direitos revela uma *renovação* do direito internacional -no sentido de sua já assinalada *humanização*¹⁰³, -abrindo uma grande brecha na doutrina tradicional do domínio reservado dos Estados¹⁰⁴ (ou competência nacional exclusiva), definitivamente ultrapassada: o indivíduo é elevado a sujeito do Direito Internacional¹⁰⁵, dotado de capacidade processual. Perante os tribunais internacionais, o ser humano se defronta consigo mesmo, para proteger-se da arbitrariedade estatal, sendo protegido pelas regras do direito internacional¹⁰⁶. Em última análise, todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo seus direitos e o respeito de sua personalidade¹⁰⁷.

A questão da capacidade processual dos indivíduos perante a Corte Internacional de Justiça (CIJ), e sua predecessora a Corte Permanente de Justiça Internacional (CPJI), foi efetivamente considerada por ocasião da redação original, por um Comitê de Juristas

¹⁰³ A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional...”, *op. cit. supra* n. (103), pp. 427-428 e 432-433 (2a. cit.).

¹⁰⁴ F.A. von der Heydte, “L’individu et les tribunaux internationaux”, 107 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1962) pp. 332-333 e 329-330; e cf. A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly* (1976) pp. 715-765.

¹⁰⁵ F.A. von der Heydte, *op. cit. supra* n. (105), p. 345.

¹⁰⁶ *Ibid.*, pp. 356-357 e 302.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 301. Cf. também, a respeito, e.g., E.M. Borchard, “The Access of Individuals to International Courts”, 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

designado pela antiga Liga das Nações, do Estatuto da Corte da Haia, em 1920. Dos dez membros do referido Comitê de Juristas, apenas dois -Loder e De Lapradelle- se pronunciaram a favor de que os indivíduos pudessem comparecer como partes perante a Corte (*jus standi*) em casos contenciosos contra Estados (estrangeiros). A maioria do Comitê, no entanto, se opôs firmemente a esta proposição: quatro membros¹⁰⁸ objetaram que os indivíduos não eram sujeitos do Direito Internacional (não podendo, pois, a seu ver, ser partes perante a Corte) e que somente os Estados eram pessoas jurídicas no ordenamento internacional, - no que foram acompanhados pelos demais membros¹⁰⁹.

A posição que prevaleceu em 1920 -que surpreendente e lamentavelmente tem sido mantida no artigo 34(1) do Estatuto da Corte da Haia até o presente- foi pronta e duramente criticada na doutrina mais lúcida da época (já na própria década de vinte). Assim, em sua memorável monografia *Les nouvelles tendances du Droit international* (1927), Nicolas Politis ponderou que os Estados não passam de ficções, compostos que são de indivíduos, e que o verdadeiro fim de todo o Direito é o ser humano, e nada mais que o ser humano¹¹⁰: trata-se de algo “tão evidente”, acrescentou, que “seria inútil insistir nisto se as brumas da soberania não tivessem obscurecido as verdades

¹⁰⁸Ricci-Busatti, Barão Descamps, Raul Fernandes e Lord Phillimore.

¹⁰⁹Cf. relato in: J. Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 50-51; N. Politis, *op. cit. infra* n. (107), pp. 84-87; Marek St. Korowicz, “The Problem of the International Personality of Individuals”, 50 *American Journal of International Law* (1956) p. 543.

¹¹⁰N. Politis, *Les nouvelles tendances du Droit international*, Paris, Libr. Hachette, 1927, pp. 76-77 e 69.

mais elementares”¹¹¹. E prosseguiu Politis em defesa da outorga do recurso direto aos indivíduos às instâncias internacionais para fazer valer seus “interesses legítimos”, o que apresentaria a vantagem, por exemplo, de despolitizar o procedimento clássico, o do contencioso interestatal (a proteção diplomática discricionária)¹¹². E, enfim, adiantou um prognóstico, no sentido de que a ação direta dos indivíduos no plano internacional logrará realizar-se, mais cedo ou mais tarde, porque “responde a uma verdadeira necessidade da vida internacional”¹¹³.

Outra crítica à solução adotada a respeito pelo Estatuto da Corte da Haia (artigo 34(1), cf. *supra*) foi formulada por Spiropoulos, também nos anos vinte, para quem não havia qualquer impedimento a que o direito internacional convencional assegurasse aos indivíduos uma ação direta no plano internacional (havendo inclusive precedentes neste sentido no período do entre-guerras); se isto não ocorresse e se se limitasse às ações judiciais no plano do direito interno, não raro o Estado se tornaria “juiz e parte” ao mesmo tempo, o que seria uma incongruência¹¹⁴. Para o autor, o ordenamento jurídico internacional pode formular normas visando diretamente os indivíduos (como exemplificado pelos tratados de paz do período do entre-guerras), alçando-o desse modo à condição de sujeito do direito internacional, na medida em que se

¹¹¹ *Ibid.*, pp. 77-78.

¹¹² *Ibid.*, pp. 82-83 e 89.

¹¹³ *Ibid.*, p. 90, e cf. pp. 92 e 61.

¹¹⁴ J. Spiropoulos, *op. cit. supra* n. (110), pp. 50-51.

estabelece uma relação direta entre o indivíduo e o ordenamento jurídico internacional, que o torna “diretamente titular de direitos ou de obrigações”¹¹⁵; não há, pois, como deixar de admitir a personalidade jurídica internacional do indivíduo¹¹⁶.

A gradual emancipação do indivíduo da tutela do Estado todo-poderoso, antecipou Spiropoulos em 1928, não é mais que uma “questão de tempo”, por “impor-se como consequência necessária da evolução da organização internacional” dos novos tempos¹¹⁷. O indivíduo deve, assim, ser capaz de defender *ele próprio* seus direitos no plano internacional, “independentemente de toda tutela de seu Estado”, e “mesmo contra seu próprio Estado”¹¹⁸. Sem a outorga aos indivíduos de ação direta no plano internacional, - prosseguiu, - seus direitos continuarão “sem proteção suficiente”¹¹⁹; somente com tal ação direta ante uma instância internacional, -acrescentou,- se logrará uma proteção *eficaz* dos direitos humanos, em conformidade com “o espírito da nova ordem internacional”¹²⁰. Há que estabelecer “certos limites” à autoridade do Estado, -concluiu,- o qual não é um fim em si mesmo, mas antes um meio para a “satisfação das necessidades humanas”¹²¹.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp. 25 e 31-32.

¹¹⁶ *Ibid.*, pp. 32-33 e 40-41.

¹¹⁷ *Ibid.*, pp. 42-43 e 65.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 44, e cf. pp. 49 e 64-65.

¹¹⁹ *Ibid.*, pp. 51-52, e cf. p. 53.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 61.

¹²¹ *Ibid.*, p. 62, e cf. p. 66.

O caráter exclusivamente inter-estatal do contencioso ante a CIJ definitivamente não se tem mostrado satisfatório. Ao menos em alguns casos, relativamente à condição de indivíduos, a presença destes últimos (ou de seus representantes legais), para apresentar, eles próprios, suas posições, teria enriquecido o procedimento e facilitado o trabalho da Corte. Recordem-se, como exemplos a esse respeito, o caso clássico *Nottebohm* sobre dupla nacionalidade (Liechtenstein *versus* Guatemala, 1955), e o caso relativo à *Aplicação da Convenção de 1902 sobre a Guarda de Menores* (Holanda *versus* Suécia, 1958), e, mais recentemente, os casos do *Julgamento dos Prisioneiros de Guerra Paquistaneses* (Paquistão *versus* Índia, 1973), dos *Reféns (Pessoal Diplomático e Consular dos Estados Unidos) em Teerã* (Estados Unidos *versus* Irã, 1980), do *Timor-Leste* (Portugal *versus* Austrália, 1995), da *Aplicação da Convenção contra o Genocídio* (Bósnia-Herzegovina *versus* Iugoslávia, 1996), ou ainda os casos *Breard* (Paraguai *versus* Estados Unidos, 1998) e *La Grand* (Alemanha *versus* Estados Unidos, 1999-2001). Em todos estes casos, não há como deixar de reconhecer que o elemento predominante é precisamente a situação concreta de seres humanos, e não meras questões abstratas de interesse exclusivo dos Estados litigantes em suas relações *inter se*. A artificialidade¹²² do caráter exclusivamente inter-

¹²²Tal artificialidade tem sido criticada na bibliografia especializada, inclusive, recentemente, por um ex-Presidente da própria Corte da Haia; cf. R.Y. Jennings, "The International Court of Justice after Fifty Years", 89 *American Journal of International Law* (1995) pp. 504-505.

estatal do contencioso ante a CIJ¹²³ é, pois, claramente revelada pela própria natureza de determinados casos submetidos a sua consideração.

A solução adotada pelo Estatuto da antiga CPJI, e fossilizada com o passar do tempo no Estatuto da CIJ até a atualidade, é ainda mais criticável, se considerarmos que, já na primeira metade do século XX, houve experimentos de direito internacional que efetivamente outorgaram capacidade processual internacional aos indivíduos. Exemplificam-no o sistema de navegação do rio Reno, o Projeto de uma Corte Internacional de Presas (1907), a Corte Centro-Americana de Justiça (1907-1917), assim como, na era da Liga das Nações, os sistemas das minorias (inclusive a Alta Silésia) e dos territórios sob mandato, os sistemas de petições das Ilhas Aaland e do Sarre e de Danzig, além da prática dos tribunais arbitrais mistos e das comissões mistas de reclamações, da mesma época¹²⁴.

¹²³ Já em fins da década de sessenta Shabtai Rosenne advertia que “nada há de inerente no caráter da própria Corte Internacional que justifique a exclusão completa de um indivíduo de comparecer perante a Corte em procedimentos judiciais de seu interesse direto”; cf. S. Rosenne, “Reflections on the Position of the Individual in Inter-State Litigation in the International Court of Justice”, *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (ed. P. Sanders), The Hague, Nijhoff, 1967, p. 249, e cf. p. 242. - A atual prática de exclusão do *locus standi in judicio* dos indivíduos interessados ante a CIJ, - acrescentou Rosenne, - além de artificial, em certos casos contenciosos “pode até mesmo produzir resultados incongruentes”; torna-se, pois, “altamente desejável” que tal esquema seja reconsiderado, de modo a permitir que os próprios indivíduos interessados possam comparecer ante a CIJ (*locus standi*) para apresentar diretamente a esta última seus argumentos em casos contenciosos (*ibid.*, p. 249, e cf. p. 243).

¹²⁴ Para um estudo, cf., e.g.: A.A. Cançado Trindade, “Exhaustion of Local Remedies in International Law Experiments Granting Procedural Status to Individuals in the First Half of the Twentieth Century”, 24 *Netherlands International Law Review* (1977) pp. 373-392; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 109-128; M.St. Korowicz,

Esta evolução se desencadeou na era das Nações Unidas, com a adoção do sistema de petições individuais sob alguns dos tratados contemporâneos de direitos humanos de caráter universal¹²⁵, e sobretudo no plano regional, sob as Convenções Européia e Americana sobre Direitos Humanos, que estabeleceram tribunais internacionais (as Cortes Européia e Interamericana, respectivamente) de direitos humanos¹²⁶. O direito de petição individual, mediante o qual é assegurado ao indivíduo o acesso direto à justiça em nível internacional, é uma conquista definitiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹²⁷.

Com efeito, é da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos a contraposição entre os indivíduos demandantes e os Estados demandados em casos de supostas violações dos direitos protegidos¹²⁸. Três séculos de um ordenamento internacional cristalizado, a partir dos tratados de paz de Westphalia (1648), com base na coordenação de Estados-nações independentes, na justaposição de

Une expérience de Droit international - La protection des minorités de Haute-Silésie, Paris, Pédone, 1946, pp. 81-174; dentre outros. E, para um estudo geral, cf. A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327.

¹²⁵Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. infra* n. (135), vol. I, pp. 68-87.

¹²⁶Cf., recentemente, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo...*, *op. cit. infra* n. (147), pp. 9-104.

¹²⁷A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-370.

¹²⁸Foi precisamente neste contexto de proteção que se operou o *resgate histórico* da posição do ser humano como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, dotado de plena capacidade processual internacional (cf. *supra*).

soberanias absolutas, levaram à exclusão daquele ordenamento dos indivíduos como sujeitos de direitos¹²⁹. Três séculos de um ordenamento internacional marcado pelo predomínio de soberanias estatais e pela exclusão dos indivíduos foram incapazes de evitar as violações maciças dos direitos humanos, perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas¹³⁰.

Tais atrocidades despertaram a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceituar as próprias bases do ordenamento internacional, restituindo ao ser humano a posição central de onde havia sido alijado. Esta reconstrução, sobre bases humanas, tomou por fundamento conceitual os cânones inteiramente distintos da realização de valores comuns superiores, da titularidade de direitos do próprio ser humano, da garantia coletiva de sua realização, e do caráter objetivo das obrigações de proteção¹³¹. A ordem internacional das soberanias cedia terreno à da solidariedade (cf. *supra*).

¹²⁹No plano internacional, os Estados assumiram o monopólio da titularidade de direitos; os indivíduos, para sua proteção, foram deixados inteiramente à mercê da intermediação discricionária de seus Estados nacionais. O ordenamento internacional assim erigido, - que os excessos do positivismo jurídico tentaram em vão justificar, - dele excluiu precisamente o destinatário último das normas jurídicas: o ser humano.

¹³⁰Como o holocausto, o *gulag*, seguidos de novos atos de genocídio, e.g., no sudeste asiático, na Europa central (ex-Iugoslávia), na África (Ruanda).

¹³¹Com incidência direta destes cânones nos métodos de interpretação das normas internacionais de proteção, sem necessariamente se afastar das regras gerais de interpretação dos tratados consagradas nos artigos 31-33 das duas Convenções de Viena sobre Direito dos Tratados (de 1969 e 1986).

Esta profunda transformação do ordenamento internacional, desencadeada a partir das Declarações Universal e Americana de Direitos Humanos de 1948, não se tem dado sem dificuldades, precisamente por requerer uma nova mentalidade. Passou, ademais, por etapas, algumas das quais já não mais suficientemente estudadas em nossos dias, inclusive no tocante à consagração do direito de petição individual. Já nos primórdios do exercício deste direito se enfatizou que, ainda que motivado pela busca da reparação individual, o direito de petição contribui também para assegurar o respeito pelas obrigações de caráter objetivo que vinculam os Estados Partes¹³². Em vários casos o exercício do direito de petição tem ido mais além, ocasionando mudanças no ordenamento jurídico interno e na prática dos órgãos públicos do Estado¹³³.

¹³²Por exemplo, sob o artigo 25 da Convenção Européia de Direitos Humanos; cf. H. Rolin, “Le rôle du requérant dans la procédure prévue par la Commission européenne des droits de l’homme”, 9 *Revue hellénique de droit international* (1956) pp. 3-14, esp. p. 9; C.Th. Eustathiades, “Les recours individuels à la Commission européenne des droits de l’homme”, in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelbusch & Co., 1957, p. 121; F. Durante, *Ricorsi Individuali ad Organi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 1958, pp. 125-152, esp. pp. 129-130; K. Vasak, *La Convention européenne des droits de l’homme*, Paris, LGDJ, 1964, pp. 96-98; M. Virally, “L’accès des particuliers à une instance internationale: la protection des droits de l’homme dans le cadre européen”, 20 *Mémoires Publiés par la Faculté de Droit de Genève* (1964) pp. 67-89; H. Mosler, “The Protection of Human Rights by International Legal Procedure”, 52 *Georgetown Law Journal* (1964) pp. 818-819.

¹³³Há que ter sempre presente que, distintamente das questões regidas pelo Direito Internacional Público, em sua maioria levantadas horizontalmente sobretudo em nível *inter-estatal*, as questões atinentes aos direitos humanos situam-se verticalmente em nível *intra-estatal*, na contração entre os Estados e os seres humanos sob suas respectivas jurisdições. Por conseguinte, pretender que os órgãos de proteção internacional não possam verificar a compatibilidade das normas e práticas de direito interno, e suas omissões, com as normas internacionais de proteção, seria um contrasenso. Também aqui a

A significação do direito de petição individual só pode ser apropriadamente avaliada em perspectiva histórica.

Esta transformação, própria de nosso tempo, corresponde ao reconhecimento da necessidade de que todos os Estados, para evitar novas violações dos direitos humanos, respondam pela maneira como tratam todos os seres humanos que se encontram sob sua jurisdição. Esta prestação de contas simplesmente não teria sido possível sem a consagração do direito de petição individual, em meio ao reconhecimento do caráter objetivo das obrigações de proteção e à aceitação da garantia coletiva de cumprimento das mesmas: é este o sentido real do *resgate histórico* do indivíduo como sujeito do Direito Internacional dos Direitos Humanos (cf. *supra*).

A apreciação do direito de petição individual como método de implementação internacional dos direitos humanos tem necessariamente que levar em conta o aspecto central da *legitimatío ad causam* dos

especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos torna-se evidente. O fato de que este último vai mais além do Direito Internacional Público em matéria de proteção, de modo a abarcar o tratamento dispensado pelos Estados aos seres humanos sob suas jurisdições, não significa que uma interpretação conservadora deva se aplicar; muito ao contrário, o que se aplica é uma interpretação em conformidade com o caráter inovador - em relação aos dogmas do passado, tais como o da "competência nacional exclusiva" ou domínio reservado dos Estados, como emanção da soberania estatal, - das normas internacionais de proteção dos direitos humanos. Com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, é o próprio Direito Internacional Público que se enriquece, na asserção de cânones e princípios próprios do presente domínio de proteção, baseados em premissas fundamentalmente distintas das que têm guiado seus postulados no plano das relações puramente inter-estatais. O Direito Internacional dos Direitos Humanos vem assim afirmar a aptidão do Direito Internacional Público para assegurar, no presente contexto, o cumprimento das obrigações internacionais de proteção por parte dos Estados *vis-à-vis* todos os seres humanos sob suas jurisdições.

peticionários e das condições do uso e da admissibilidade das petições (consignadas nos distintos instrumentos de direitos humanos que as prevêm)¹³⁴. Tem sido particularmente sob a Convenção Européia de Direitos Humanos que uma vasta jurisprudência sobre o direito de petição individual tem se desenvolvido, reconhecendo a este último *autonomia*, distinto que é dos direitos substantivos enumerados no título I da Convenção Européia.

Qualquer obstáculo interposto pelo Estado Parte em questão a seu livre exercício acarretaria, assim, uma violação *adicional* da Convenção, paralelamente a outras violações que se comprovem dos direitos substantivos nesta consagrados. Reforçando este ponto, tanto a antiga Comissão como a Corte Européias de Direitos Humanos esposaram o entendimento no sentido de que o próprio conceito de vítima (à luz do artigo 25 [original] da Convenção) deve ser interpretado *autonomamente* sob a Convenção Européia. Este entendimento encontra-se hoje solidamente respaldado pela *jurisprudence constante* sob a Convenção. Assim, em várias decisões nos últimos anos, a Comissão Européia tem consistente e invariavelmente advertido que o conceito de “vítima” utilizado no artigo 25 [original] da Convenção deve ser interpretado *de forma autônoma e independentemente de conceitos de direito interno*, tais como os de interesse ou qualidade para interpor uma ação judicial ou participar em um processo legal¹³⁵.

¹³⁴Para um exame da matéria, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 68-87.

¹³⁵Cf. nesse sentido: Comissão Européia de Direitos Humanos

A Corte Européia, por sua vez, no caso *Norris versus Irlanda* (1988), ponderou que as condições que regem as petições individuais sob o artigo 25 da Convenção “não coincidem necessariamente com os critérios nacionais relativos ao *locus standi*”, que podem inclusive servir a propósitos distintos dos contemplados no mencionado artigo 25¹³⁶. Resulta, pois, claríssima a autonomia do direito de petição individual no plano internacional *vis-à-vis* disposições do direito interno¹³⁷. Os elementos singularizados nesta jurispru-

(ComEDH), caso *Scientology Kirche Deutschland e.V. versus Alemanha* (appl. n. 34614/96), decisão de 07.04.1997, 89 *Decisions and Reports* (1997) p. 170; ComEDH, caso *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma e R. Rose versus Alemanha* (appl. n. 35208/97) decisão de 27.05.1997, p. 4 (não-publicada); ComEDH, caso *Federação Grega de Funcionários de Alfândega, N. Gialouris, G. Christopoulos e 3333 Outros Funcionários de Alfândega versus Grécia* (appl. n. 24581/94), decisão de 06.04.1995, 81-B *Decisions and Reports* (1995) p. 127; ComEDH, caso *N.N. Taura e 18 Outros versus França* (appl. n. 28204/95), decisão de 04.12.1995, 83-A *Decisions and Reports* (1995) p. 130 (petições contra os testes nucleares franceses no atol de Mururoa e no de Fangataufa, na Polinésia francesa); ComEDH, caso *K. Sygounis, I. Kotsis e Sindicato de Policiais versus Grécia* (appl. n. 18598/91), decisão de 18.05.1994, 78 *Decisions and Reports* (1994) p. 77; ComEDH, caso *Asociación de Aviadores de la República, J. Mata el Al. versus Espanha* (appl. n. 10733/84), decisão de 11.03.1985, 41 *Decisions and Reports* (1985) p. 222. - Segundo esta mesma jurisprudência, para atender à condição de “vítima” (sob o artigo 25 da Convenção) deve haver um “vínculo suficientemente direto” entre o indivíduo demandante e o dano alegado, resultante da suposta violação da Convenção.

¹³⁶Corte Européia de Direitos Humanos, caso *Norris versus Irlanda*, Julgamento de 26.10.1988, Série A, vol. 142, p. 15, par. 31.

¹³⁷Sobre a continuada importância do direito de petição individual sob a Convenção Européia, mesmo após a entrada em vigor do Protocolo n. 11 à mesma, cf. J. Wadham e T. Said, “What Price the Right of Individual Petition: Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights”, 2 *European Human Rights Law Review* (2002) pp. 169-174; E.A. Alkema, “Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy - A Netherlands View”, in *Afmaelisrit for Vilhjálmsón*, Reykjavík, B. Orators, 2000, pp. 21-37; A. Debricon, “L’exercice efficace du droit de recours individuel”, in *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia e M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-

dência protetora aplicam-se igualmente sob procedimentos de outros tratados de direitos humanos que requerem a condição de “vítima” para o exercício do direito de petição individual¹³⁸.

No sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o direito de petição individual tem se constituído em um meio eficaz de enfrentar casos não só individuais como também de violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos¹³⁹. Sua importância tem sido fundamental, e não poderia jamais ser minimizada. A consagração do direito de petição

242. E cf. Council of Europe, *Report of the Evaluation Group to the Committee of Ministers on the European Court of Human Rights*, Strasbourg, C.E., 27.09.2002, pp. 7-89.

138A evolução da noção de “vítima” (incluindo a vítima potencial) no Direito Internacional dos Direitos Humanos encontra-se examinada no curso que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia: A.A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 243-299, esp. pp. 262-283. Cf. também, a respeito, J.A. Frowein, “La notion de victime dans la Convention Européenne des Droits de l’Homme”, in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 586-599; F. Matscher, “La Posizione Processuale dell’Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, in *ibid.*, pp. 602-620; H. Delvaux, “La notion de victime au sens de l’article 25 de la Convention Européenne des Droits de l’Homme - Le particulier victime d’une violation de la Convention”, in *Actes du Cinquième Colloque International sur la Convention Européenne des Droits de l’Homme* (Francfort, avril 1980), Paris, Pédone, 1982, pp. 35-78.

139Antes mesmo da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (i.e., na prática inicial da Comissão Interamericana de Direitos Humanos). - Lamentamos, pois, não poder compartilhar a insinuação constante em parte da bibliografia especializada européia contemporânea sobre a matéria, no sentido de que o direito de petição individual talvez não seja eficaz no tocante a violações sistemáticas e maciças de direitos humanos. A experiência acumulada no sistema interamericano de proteção aponta exatamente no sentido contrário, e graças ao direito de petição individual muitas vidas foram salvas e se logrou realizar a justiça em casos concretos em meio a situações generalizadas de violações de direitos humanos.

individual sob o artigo 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos revestiu-se de significação especial. Não só foi sua importância, para o mecanismo da Convenção como um todo, devidamente enfatizada nos *travaux préparatoires* daquela disposição da Convenção¹⁴⁰, como também representou um avanço em relação ao que, até a adoção do Pacto de San José em 1969, se havia logrado a respeito, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A outra Convenção regional então em vigor, a Convenção Européia, só aceitara o direito de petição individual originalmente consubstanciado em uma cláusula facultativa (o artigo 25 da Convenção), condicionando a *legitimatío ad causam* à demonstração da condição de *vítima* pelo demandante individual, - o que, a seu turno, propiciou um notável desenvolvimento jurisprudencial da noção de “vítima” sob a Convenção Européia. A Convenção Americana, distintamente, tornou o direito de petição individual (artigo 44 da Convenção) mandatório, de aceitação automática pelos Estados ratificantes, abrindo-o a “qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização” dos Estados Americanos (OEA), - o que revela a importância capital atribuída ao mesmo¹⁴¹.

¹⁴⁰Cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 1978, pp. 43 e 47.

¹⁴¹A outra modalidade de petição, a inter-estatal, só foi consagrada em base facultativa (artigo 45 da Convenção Americana, a contrário do esquema da Convenção Européia - artigo 24 - neste particular), o que realça a relevância atribuída ao direito de petição individual. Este ponto não passou despercebido da Corte Interamericana de Derechos

Foi este, reconhecidamente, um dos grandes avanços logrados pela Convenção Americana, nos planos tanto conceitual e normativo, assim como operacional¹⁴². A matéria encontra-se analisada detalhadamente em nosso Voto Concordante no caso *Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares, 1998)¹⁴³. Há que ter sempre presente a *autonomia* do direito de petição individual *vis-à-vis* o direito interno dos Estados. Sua relevância não pode ser minimizada, porquanto pode ocorrer que, em um determinado ordenamento jurídico interno, um indivíduo se veja impossibilitado, pelas circunstâncias de uma situação jurídica, a tomar providências judiciais por si próprio. Nem por isso estará ele privado de fazê-lo no exercício do direito de petição individual sob a Convenção Americana, ou outro tratado de direitos humanos.

Mas a Convenção Americana vai mais além: a *legitimatío ad causam*, que se estende a todo e qualquer peticionário, pode prescindir até mesmo de alguma

Humanos, que, em seu segundo Parecer, sobre o *Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (de 24.09.1982), invocou esta particularidade como ilustrativa da “grande importância” atribuída pela Convenção Americana às obrigações dos Estados Partes *vis-à-vis* os indivíduos, por estes exigíveis sem a intermediação de outro Estado (parágrafo 32).

¹⁴²Cf. A.A. Caçado Trindade, “Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos”, in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

¹⁴³Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Castillo Petruzzi versus Peru* (Exceções Preliminares), Sentença de 04.09.1998, Série C, n. 41, Voto Concordante do Juiz A.A. Caçado Trindade, parágrafos 1-46.

manifestação por parte da própria vítima. O direito de petição individual, assim amplamente concebido, tem como efeito imediato ampliar o alcance da proteção, mormente em casos em que as vítimas (e.g., detidos incomunicados, desaparecidos, entre outras situações) se vêem impossibilitadas de agir por conta própria, e necessitam da iniciativa de um terceiro como peticionário em sua defesa.

A desnacionalização da proteção e dos requisitos da ação internacional de salvaguarda dos direitos humanos, além de ampliar sensivelmente o círculo de pessoas protegidas, possibilitou aos indivíduos exercer direitos emanados diretamente do direito internacional (*direito das gentes*), implementados à luz da noção supracitada de garantia coletiva, e não mais simplesmente “concedidos” pelo Estado. Com o acesso dos indivíduos à justiça em nível internacional, por meio do exercício do direito de petição individual, deu-se enfim expressão concreta ao reconhecimento de que os direitos humanos a serem protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado. Por conseguinte, a ação em sua proteção não se esgota - não pode se esgotar - na ação do Estado.

Cada um dos procedimentos que regulam o direito de petição individual sob tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, apesar de diferenças em sua natureza jurídica, tem contribuído, a seu modo, ao gradual fortalecimento da capacidade processual do demandante no plano internacional¹⁴⁴.

¹⁴⁴Em reconhecimento expresso da relevância do direito de petição individual, a Declaração e Programa de Ação de Viena, principal documento adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos

Com efeito, de todos os mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, o direito de petição individual é, efetivamente, o mais dinâmico, ao inclusive atribuir a iniciativa de ação ao próprio indivíduo (a parte ostensivamente mais fraca *vis-à-vis* o poder público), distintamente do exercício *ex officio* de outros métodos (como os de relatórios e investigações) por parte dos órgãos de supervisão internacional. É o que melhor reflete a especificidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em comparação com outras soluções próprias do Direito Internacional Público¹⁴⁵.

(1993), conclamou sua adoção, como método adicional de proteção, por meio de Protocolos Facultativos à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (já adotado) e ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (já concluído, mas ainda não adotado); cf. Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993, parte II, pars. 40 e 75, respectivamente. Aquele documento recomendou, ademais, aos Estados Partes nos tratados de direitos humanos, a aceitação de todos os procedimentos facultativos disponíveis de petições ou comunicações individuais (cf. *ibid.*, parte II, parágrafo 90).

¹⁴⁵Como se pode depreender da sentença de 1995 da Corte Europeia de Direitos Humanos no importante caso *Loizidou versus Turquia*. Recorde-se que, no referido caso *Loizidou versus Turquia* (sentença sobre exceções preliminares de 23.03.1995), a Corte Europeia de Direitos Humanos descartou a possibilidade de restrições - pelas declarações turcas - em relação às disposições-chave do artigo 25 (direito de petição individual), e do artigo 46 (aceitação de sua jurisdição em matéria contenciosa) da Convenção Europeia. Sustentar outra posição, agregou, “não só debilitaria seriamente a função da Comissão e da Corte no desempenho de suas atribuições mas também diminuiria a eficácia da Convenção como um instrumento constitucional da ordem pública (*ordre public*) europeia” (parágrafo 75). A Corte descartou o argumento do Estado demandado de que se poderia inferir a possibilidade de restrições às cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção por analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. A Corte Europeia não só lembrou a prática em contrário (aceitando tais cláusulas sem restrições) dos Estados Partes na Convenção Europeia, mas também ressaltou o contexto fundamentalmente distinto em que os dois tribunais operam, sendo a Corte Internacional de Justiça “a free-standing international tribunal which has no links to a standard-setting treaty such as the Convention” (parágrafos 82 e 68). A Corte da

O complemento indispensável e inelutável do direito de petição individual internacional reside na intangibilidade da jurisdição dos tribunais internacionais de direitos humanos¹⁴⁶. Nas duas históricas sentenças sobre competência de 24 de setembro de 1999, nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivcher Bronstein versus Peru*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos advertiu corretamente que sua competência em matéria contenciosa não podia estar condicionada por atos distintos de suas próprias atuações. Acrescentou que, ao reconhecer sua competência contenciosa, um Estado aceita a prerrogativa da Corte de decidir sobre toda questão que afete sua competência, não podendo depois pretender retirar-se dela subitamente, o que minaria todo o mecanismo internacional de proteção. A pretendida “retirada” unilateral do Estado demandado com “efeito imediato” não tinha qualquer fundamento jurídico, nem na Convenção Americana, nem no direito dos tratados, nem no direito internacional geral. Não podia um tratado de direitos humanos como a Convenção Americana estar à mercê de limitações não previstas por ela, impostas subitamente por um Estado Parte por razões de ordem interna. Tal pretensão, -como o

Haia, - reiterou a Corte Européia, - dirime questões jurídicas no contencioso inter-estatal, distintamente das funções dos órgãos de supe_visão de um “tratado normativo” (*law-making treaty*) como a Convenção Européia. Por conseguinte, a “aceitação incondicional” das cláusulas facultativas dos artigos 25 e 46 da Convenção não comporta analogia com a prática estatal sob o artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (parágrafos 84-85).

¹⁴⁶Para um estudo recente, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96, esp. pp. 61-76.

determinou a Corte Interamericana,- era, pois, inadmissível.

Com sua importante decisão nos referidos casos, a Corte Interamericana salvaguardou a integridade da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que, como todos os tratados de direitos humanos, baseia-se na *garantia coletiva* na operação do mecanismo internacional de proteção. Mais recentemente, a Corte Interamericana voltou a preservar a integridade do mecanismo de proteção da Convenção Americana em suas Sentenças sobre exceções preliminares, de 01 de setembro de 2001, nos casos *Hilaire, Benjamin e Constantine versus Trinidad e Tobago*; nestes últimos casos, a Corte rejeitou a pretensão do Estado demandado de interpor uma restrição, não prevista no artigo 62 da Convenção Americana (e que subordinaria esta à Constituição nacional), à aceitação de sua competência em matéria contenciosa. Com isto a Corte afirmou o primado da normativa internacional de proteção do ser humano.

Dada a importância da questão da capacidade processual dos indivíduos sob estas duas Convenções regionais, cabe ter em mente estes desenvolvimentos em perspectiva histórica, de fundamental importância ao estudo do próprio acesso do indivíduo à justiça no plano internacional¹⁴⁷. Como já assinalado, a própria evolução normativo-institucional dos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos

¹⁴⁷O estudo desta questão não pode fazer abstração das condições de admissibilidade de petições individuais; cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (135) pp. 68-87; e *ibid.*, vol. III, 2002, capítulos XV e XVI (no prelo).

humanos cuidou de acentuar a necessidade, funcional e ética, de dar expressão concreta à titularidade dos direitos inerentes ao ser humano e a sua capacidade jurídico-processual para vindicá-los (cf. *supra*). Esta evolução tem-se mostrado conforme à concepção segundo a qual todo o Direito existe para o ser humano, e o direito das gentes não faz exceção a isto, garantindo ao indivíduo os direitos que lhe são inerentes, ou seja, o respeito de sua personalidade jurídica e a intangibilidade de sua capacidade jurídica no plano internacional.

VIII.O Direito Subjetivo, os Direitos Humanos e a Nova Dimensão da Titularidade Jurídica Internacional do Ser Humano

A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito *das gentes*), é hoje uma realidade. Ademais, a subjetividade (ativa) internacional dos indivíduos atende a uma verdadeira necessidade de sua *legitimatío ad causam*, para fazer valer seus direitos, emanados diretamente do Direito Internacional. No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nos sistemas europeu e interamericano de proteção -dotados de tribunais internacionais em operação- se reconhece hoje, a par da personalidade jurídica, também a capacidade processual internacional (*locus standi in judicio*) dos indivíduos. É este um desenvolvimento lógico, porquanto não se afigura razoável conceber direitos no plano internacional sem a correspondente capacidade processual de vindicá-los; os indivíduos são efetivamente a verdadeira parte demandante no contencioso

internacional dos direitos humanos. Sobre o direito de petição individual se ergue o mecanismo jurídico da emancipação do ser humano *vis-à-vis* o próprio Estado para a proteção de seus direitos no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁴⁸, - emancipação esta que constitui, em nossos dias, uma verdadeira revolução jurídica, a qual vem enfim dar um conteúdo ético às normas tanto do direito público interno como do Direito Internacional.

Na base de todo esse notável desenvolvimento, encontra-se o princípio do *respeito à dignidade da pessoa humana*, independentemente de sua condição existencial. Em virtude desse princípio, todo ser humano, independentemente da situação e das circunstâncias em que se encontre, tem direito à dignidade¹⁴⁹. Todo o extraordinário desenvolvimento da doutrina jusinternacionalista a esse respeito, ao longo do século XX, encontra raízes, -como não poderia deixar de ser,- em algumas reflexões do passado, no pensamento jurídico assim como

¹⁴⁸Se desse modo não tivesse sido originalmente concebido e consistentemente entendido o referido direito de petição, muito pouco teria avançado a proteção internacional dos direitos humanos neste meio-século de evolução. Com a consolidação do direito de petição individual perante tribunais internacionais - as Cortes Interamericana e Européia - de direitos humanos, é a proteção internacional que alcança sua maturidade.

¹⁴⁹Sobre esse princípio, cf., recentemente, e.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/Paris, CERIC, 1999, pp. 7-491; [Vários Autores,] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; E. Wiesel, "Contre l'indifférence", in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

filosófico¹⁵⁰, - a exemplo, *inter alia*, da concepção kantiana da pessoa humana como um fim em si mesmo. Isto é inevitável, porquanto reflete o processo de amadurecimento e refinamento do próprio espírito humano, que torna possíveis os avanços na própria condição humana.

Com efeito, não há como dissociar o reconhecimento da personalidade jurídica internacional do indivíduo (*supra*) da própria dignidade da pessoa humana. Em uma dimensão mais ampla, a pessoa humana se configura como o ente que encerra seu fim supremo dentro de si mesmo, e que o cumpre ao longo do caminho de sua vida, sob sua própria responsabilidade. Com efeito, é a pessoa humana, essencialmente dotada de dignidade, a que articula, expressa e introduz o “dever ser” dos valores no mundo da realidade em que vive, e só ela é capaz disso, como portadora de tais valores éticos. A personalidade jurídica, por sua vez, se manifesta como categoria jurídica no mundo do Direito, como expressão unitária da aptidão da pessoa humana para ser titular de direitos e deveres no plano do comportamento e das relações humanas regulamentadas¹⁵¹.

Cabe recordar, no presente contexto, que a concepção de *direito subjetivo* individual tem já uma ampla projeção histórica, originada em particular no pensamento jusnaturalista nos séculos XVII e XVIII, e

¹⁵⁰Para um exame da subjetividade individual no pensamento filosófico, cf., e.g., A. Renaut, *L'ère de l'individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.

¹⁵¹Cf., nesse sentido, e.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 e 159.

sistematizada na doutrina jurídica ao longo do século XIX. No entanto, no século XIX e início do século XX, aquela concepção permaneceu situada no âmbito do direito público interno, emanado do poder público, e sob a influência do positivismo jurídico¹⁵². O direito subjetivo era concebido como a prerrogativa do indivíduo tal como definida pelo ordenamento jurídico em questão (o direito objetivo)¹⁵³.

Não obstante, não há como negar que a cristalização do conceito de direito subjetivo individual, e sua sistematização, lograram ao menos um avanço rumo a uma melhor compreensão do indivíduo como *titular* de direitos. E tornaram possível, com o surgimento dos direitos humanos em nível internacional, a gradual superação do direito positivo. Em meados do século XX, ficava clara a impossibilidade da evolução do próprio Direito sem o direito subjetivo individual, expressão de um verdadeiro “direito humano”¹⁵⁴.

Como me permiti sustentar em meu Voto Concordante no histórico Parecer n. 16 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal* (de 01.10.1999), atualmente testemunhamos “o processo de *humanização* do direito internacional, que hoje alcança

152L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.

153Ch. Eisenmann, “Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin”, 60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 e 771.

154 J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

também este aspecto das relações consulares. Na confluência destas com os direitos humanos, tem-se cristalizado o direito individual subjetivo à informação sobre a assistência consular, de que são titulares todos os seres humanos que se vejam na necessidade de exercê-lo: tal direito individual, situado no universo conceitual dos direitos humanos, é hoje respaldado tanto pelo direito internacional convencional como pelo direito internacional consuetudinário” (parágrafo 35).

A emergência dos direitos humanos universais, a partir da proclamação da Declaração Universal de 1948, veio a ampliar consideravelmente o horizonte da doutrina jurídica contemporânea, desvendando as insuficiências da conceitualização tradicional do direito subjetivo. As necessidades prementes de proteção do ser humano em muito fomentaram esse desenvolvimento. Os direitos humanos universais, superiores e anteriores ao Estado e a qualquer forma de organização político-social, e inerentes ao ser humano, afirmaram-se como oponíveis ao próprio poder público.

A personalidade jurídica internacional do ser humano se cristalizou como um limite ao arbítrio do poder estatal. Os direitos humanos liberaram a concepção do direito subjetivo das amarras do positivismo jurídico. Se, por um lado, a categoria jurídica da personalidade jurídica internacional do ser humano contribuiu a instrumentalizar a vindicação dos direitos da pessoa humana, emanados do Direito Internacional, - por outro lado o *corpus juris* dos direitos humanos universais proporcionou à personalidade jurídica do indivíduo uma dimensão muito mais ampla, já não mais condicionada ao direito emanado do poder público estatal.

IX. Reflexões Finais: A Subjetividade Internacional do Indivíduo como o Maior Legado da Ciência Jurídica do Século XX

Os grandes pensadores contemporâneos que se dispuseram a extrair as lições deixadas pela história do século XX coincidem em um ponto capital¹⁵⁵: nunca como no século passado, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade¹⁵⁶. O crepúsculo do século XX desvendou um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Tão bem ressaltado, por exemplo, nos derradeiros escritos de Bertrand Russell, de Karl Popper, de Isaiah Berlin, dentre outros; cf. B. Russell, "Knowledge and Wisdom", *Essays in Philosophy* (ed. H. Peterson), N.Y., Pocket Library, 1960 (2a. impr.), pp. 498-499 e 502; K. Popper, *The Lesson of This Century*, London, Routledge, 1997, pp. 53 e 59; I. Berlin, "Return of the *Völkgeist*: Nationalism, Good and Bad", *At Century's End* (ed. N.P. Gardels), San Diego, Alti Publ., 1996, p. 94.

¹⁵⁶ E nunca, como em nossos tempos, se verificou tanto aumento da prosperidade acompanhado de modo igualmente trágico de tanto aumento - estatisticamente comprovado - das disparidades econômico-sociais e da pobreza extrema.

¹⁵⁷ Em um ensaio luminoso publicado há pouco mais de meio século, no mesmo ano da adoção da Declaração Universal de Direitos Humanos, o historiador Arnold Toynbee, questionando as próprias bases do que se entende por *civilização*, - ou seja, avanços bastante modestos nos planos social e moral, - lamentou que o domínio alcançado pelo homem sobre a natureza não-humana infelizmente não se estendeu ao plano espiritual; A.J. Toynbee, *Civilization on Trial*, Oxford, University Press, 1948, pp. 262 e 64. Outro historiador, Eric Hobsbawm, em nossos dias retrata o século XX como um período da história marcado sobretudo pelos crimes e loucura da humanidade. E. Hobsbawm, *Era dos Extremos - O Breve Século XX*, São Paulo, Cia. das Letras, 1996, p. 561. Que abusos e crimes tenham sido cometidos em nome do poder público é injustificável, porquanto o Estado foi concebido - não se deveria esquecer - como promotor e garante do bem comum; Jacques Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 1966 (reimpr. 1985), pp. 11-105.

Ao longo do século XX de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrolo dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de *libertação*¹⁵⁸. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir ao ser humano a posição central -como *sujeito do direito tanto interno como internacional*- de onde foi indevidamente alijado, com as conseqüências desastrosas de triste memória.

Em nossos dias, o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado¹⁵⁹; o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos. Nesta linha de evolução também se insere a tendência atual de “criminalização” de vio-

¹⁵⁸O Direito Internacional tradicional, vigente no início do século, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado. Mas em meados do século passado reconheceu-se a necessidade da reconstrução do Direito Internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloqüente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Afirmaram-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentavam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano.

¹⁵⁹A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva.

lações graves dos direitos da pessoa humana, paralelamente à consagração do princípio da jurisdição universal. Neste início do século XXI testemunhamos o processo de *humanização* do direito internacional, -para o qual constitui um privilégio poder contribuir,- que passa a se ocupar mais diretamente da realização de metas comuns superiores.

O anteriormente citado Parecer histórico (de 01.10.1999) da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que reconheceu a cristalização de um verdadeiro direito subjetivo à informação sobre assistência consular¹⁶⁰, de que é titular todo ser humano privado de sua liberdade em outro país¹⁶¹, rompeu com a ótica tradicional puramente inter-estatal da matéria¹⁶², amparando numerosos estrangeiros pobres e trabalhadores migrantes. Paralelamente, a plena participação dos indivíduos, sobretudo no

¹⁶⁰Consagrado no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963 e vinculado às garantias do devido processo legal sob o artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

¹⁶¹Em virtude desse direito, toda pessoa deve ser *imediatamente* informada pelo Estado receptor de que pode contar com a assistência do cônsul do país de origem, antes de prestar qualquer declaração ante a autoridade policial local. Agregou a Corte que, em caso de imposição e execução da pena de morte sem a observância prévia do direito à informação sobre a assistência consular, tal inobservância afeta as garantias do devido processo legal, e *a fortiori* viola o próprio direito a não ser privado da vida *arbitrariamente*, nos termos do artigo 4 da Convenção Americana e do artigo 6 do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas.

¹⁶²Este Parecer, pioneiro na jurisprudência internacional, tem tido notável impacto nos países da região, que têm buscado compatibilizar sua prática com o mesmo, buscando por um fim aos abusos policiais e às discriminações contra estrangeiros pobres e iletrados (sobretudo os trabalhadores migrantes), freqüentemente vitimados por todo tipo de discriminação (inclusive *de jure*) e injustiça. A Corte Interamericana deu assim uma considerável contribuição à própria evolução do Direito neste particular.

procedimento contencioso, tem se mostrado imprescindível. Sua importância, como última esperança dos esquecidos do mundo, vem de ser ilustrada, e.g., pelo contencioso dos assassinatos dos “*Meninos de Rua*” (caso *Villagrán Morales e Outros*) perante a mesma Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste caso paradigmático, as mães dos meninos assassinados (e a avó de um deles), tão pobres e abandonadas como os filhos (e neto), tiveram acesso à jurisdição internacional, compareceram a juízo¹⁶³, e, graças às sentenças da Corte Interamericana¹⁶⁴, que as ampararam, puderam ao menos recuperar a fé na Justiça humana.

O reconhecimento do acesso direto dos indivíduos à justiça internacional revela, neste início do século XXI, o novo primado da *razão de humanidade* sobre a razão de Estado, a inspirar o processo histórico de *humanização* do Direito Internacional. A consciência humana alcança assim em nossos dias um grau de evolução que torna possível, -como ilustrado pelo recente caso dos “*Meninos de Rua*” decidido pela Corte Interamericana, dentre outros,- fazer justiça no plano internacional mediante a salvaguarda dos direitos dos marginalizados ou excluídos. A titularidade jurídica internacional dos indivíduos é hoje uma realidade irreversível, e o ser humano irrompe, enfim, mesmo nas condições mais adversas, como sujeito último do Direito tanto interno como internacional, dotado de plena capacidade jurídico-processual.

¹⁶³Audiências públicas de 28-29.01.1999 e 12.03.2001.

¹⁶⁴Quanto ao mérito, de 19.11.1999, e quanto às reparações, de 26.05.2001.

A parte da doutrina que insiste em negar aos indivíduos a condição de sujeitos do Direito Internacional se estriba em uma rígida definição destes últimos, deles exigindo não só que possuam direitos e obrigações emanados do Direito Internacional, mas também que participem no processo de criação de suas normas e de cumprimento das mesmas. Ora, esta rígida definição não se sustenta sequer no plano do direito interno, em que não se exige -jamais se exigiu- de todos os indivíduos participar na criação e aplicação das normas jurídicas para ser titulares de direitos, e vinculados pelos deveres, destas últimas emanados.

Ademais de insustentável, aquela concepção se mostra imbuída de um dogmatismo ideológico nefasto, que teve como conseqüência principal alienar o indivíduo do ordenamento jurídico internacional. É surpreendente -se não espantoso,- ademais de lamentável, ver aquela concepção repetida mecanicamente e *ad nauseam* por uma parte da doutrina, aparentemente pretendendo fazer crer que a intermediação do Estado, entre os indivíduos e o ordenamento jurídico internacional, seria algo inevitável e permanente. Nada mais falso. No breve período histórico em que vingou aquela concepção estatista, à luz -ou, mais precisamente, em meio às trevas- do positivismo jurídico, cometeram-se sucessivas atrocidades contra o ser humano, em uma escala sem precedentes.

Há outro ponto que passa despercebido aos arautos da visão estatista do Direito Internacional: em sua miopia, própria dos dogmatismos, parecem não se dar conta de que os indivíduos já começaram a participar efetivamente no processo de elaboração de normas do

Direito Internacional, que hoje se mostra muito mais complexo do que há algumas décadas. Este fenômeno decorre da democratização, que, em nossos dias, passa a alcançar também o plano internacional¹⁶⁵. Ilustra-o, como já assinalado, a presença e atuação crescentes de entidades da sociedade civil (ONGs e outras), como verificado nos *travaux préparatoires* de tratados recentes assim como ao longo do ciclo das grandes Conferências Mundiais das Nações Unidas durante a década de noventa.

Há casos em que tais entidades da sociedade civil têm se dedicado inclusive a monitorar a observância e o cumprimento da normativa internacional, rompendo assim o monopólio estatal de outrora neste domínio. O certo é que, neste como em tantos outros domínios da disciplina, já não é possível abordar o Direito Internacional a partir de uma ótica meramente interestatal. Os sujeitos do Direito Internacional já há muito deixaram de reduzir-se a entes territoriais; há mais de meio-século, a partir do célebre Parecer da Corte Internacional de Justiça sobre as *Reparações de Danos* (1949), as organizações internacionais romperam o pretendido monopólio estatal da personalidade e capacidade jurídicas internacionais, com todas as conseqüências jurídicas que daí advieram¹⁶⁶.

¹⁶⁵Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, “Democracia y Derechos Humanos: Desarrollos Recientes, con Atención Especial al Continente Americano”, in *Federico Mayor Amicorum Liber - Solidarité, Égalité, Liberté - Livre d’Hommage offert au Directeur Général de l’UNESCO à l’occasion de son 60e. Anniversaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 371-390.

¹⁶⁶Cf., para um estudo geral a respeito, A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 2a. ed., Belo Horizonte, Editora Del Rey, 2002, pp. 9-750.

Resulta hoje claríssimo que nada há de intrínseco ao Direito Internacional que impeça ou impossibilite a atores não-estatais desfrutar da personalidade e capacidade jurídicas internacionais. Ninguém em sã consciência ousaria hoje negar que os indivíduos efetivamente possuem direitos e obrigações que emanam diretamente do Direito Internacional, com o qual se encontram, portanto, em contato direto. E é perfeitamente possível conceitualizar -inclusive com maior precisão- como sujeito do Direito Internacional qualquer pessoa ou entidade, titular de direitos e portadora de obrigações, que emanam diretamente de normas do Direito Internacional. É o caso dos indivíduos, que têm, assim, estreitados e fortalecidos seus contatos diretos -sem intermediários- com o ordenamento jurídico internacional.

Esta evolução deve ser apreciada em uma dimensão mais ampla. Em reação às sucessivas atrocidades que, ao longo do século XX, vitimaram milhões e milhões de seres humanos, em uma escala até então desconhecida na história da humanidade, se insurgiu com vigor a *consciência jurídica universal*¹⁶⁷, -como *fonte material* última de todo o Direito,- restituindo ao ser humano a sua condição de sujeito do direito tanto interno como internacional, e destinatário final de todas as normas jurídicas, de origem tanto nacional como

¹⁶⁷Muito mais do que talvez se possa *prima facie* supor, a *consciência jurídica universal* tem, efetiva e reiteradamente, sido invocada tanto nas formulações doutrinárias como na prática internacional (dos Estados e das organizações internacionais); cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal”, in *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (de A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78.

internacional. Com isto se beneficiam os seres humanos, e se enriquece e justifica o Direito Internacional, desvencilhando-se das amarras do estatismo e, de certo modo, reencontrando-se com o verdadeiro *direito das gentes*, que, em seus primórdios, inspirou sua formação e evolução históricas.

Na construção do ordenamento jurídico internacional deste novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*¹⁶⁸, refletidas, no plano normativo, nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), e dos direitos fundamentais inderrogáveis, e no plano processual, na concepção das obrigações *erga*

¹⁶⁸Ao referir-me à “*ordre public* internacional” no presente domínio de proteção, não utilizo a expressão no sentido clássico em que foi invocada em outros ramos do direito (como no direito civil ou no direito administrativo); tampouco a utilizo no sentido da conhecida “exceção de *ordre public*” (de não-aplicação pelo juiz de determinadas normas de “direito estrangeiro”), própria do direito internacional privado (em que é tema recorrente). Entendo que, no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a noção de *ordre public* internacional se reveste de sentido inteiramente distinto, e de difícil definição, porquanto encerra valores que preexistem e são superiores às normas do direito positivo. Cf., a respeito, e.g., J. Foyer, “Droits internationaux de l’homme et ordre public international”, *Du droit interne au droit international - Mélanges Raymond Goy*, Rouen, Publ. Université de Rouen, 1998, pp. 333-348; G. Karydis, “L’ordre public dans l’ordre juridique communautaire: un concept à contenu variable”, *1 Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 1 e 25. E sobre a evolução da chamada “ordem jurídica comunitária”, cf. também L.S. Rossi, “‘Constitutionnalisation’ de l’Union Européenne et des droits fondamentaux”, *1 Revue trimestrielle de droit européen* (2002) pp. 29-33. No âmbito do Direito Internacional Público, a própria comunidade internacional necessita o conceito de ordem pública (“*international public order*”), de modo a preservar seus princípios jurídicos básicos; H. Mosler, “The International Society as a Legal Community”, *140 Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 33-34; e cf. também, a respeito, G. Jaenicke, “International Public Order”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 314-318.

omnes de proteção. A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio Direito Internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*.

Estamos ante uma *ordre public* humanizada (ou mesmo verdadeiramente humanista) em que o interesse público ou o interesse geral coincide plenamente com a prevalência dos direitos humanos¹⁶⁹, - o que implica o reconhecimento de que *os direitos humanos constituem o fundamento básico, eles próprios, do ordenamento jurídico*. No domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, movido por considerações de *ordre public* internacional, estamos diante de valores comuns e superiores¹⁷⁰, que lhe são subjacentes, e que se afiguram verdadeiramente fundamentais e irredu-

¹⁶⁹Nesse sentido, tem-se sugerido a emergência de um verdadeiro *jus commune* dos direitos humanos no plano internacional; cf. M. de Salvia, "L'élaboration d'un 'jus commune' des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la perspective de l'unité européenne: l'oeuvre accomplie par la Commission et la Cour Européennes des Droits de l'Homme", in *Protection des droits de l'homme: la dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher e H. Petzold), 2a. ed., Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1990, pp. 555-563; G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 168-169.

¹⁷⁰Estes valores são perfeitamente identificáveis, ao longo da parte operativa dos tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, mas explicitados sobretudo em seus preâmbulos. Estes últimos tendem a invocar os ideais que inspiraram os respectivos tratados e instrumentos (de importância para a identificação do "espírito" dos mesmos), ou para enunciar seus fundamentos ou princípios gerais. Cf., a respeito, e.g., N. Bobbio, "Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo", *57 Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-438. Agrega o autor que o apelo aos valores, formulado freqüentemente nos preâmbulos dos tratados de direitos humanos, "può assumere (...) l'aspetto di un'indicazione: a) dei fini o degli obiettivi; b) delle motivazioni; c) del fundamento della decisione" tomada no processo de elaboração do tratado em questão; *ibid.*, pp. 439-440.

tíveis¹⁷¹. Podemos aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico que efetivamente salvguarde os direitos inerentes à pessoa humana¹⁷².

Há, em conclusão, que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes*, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos¹⁷³, dotados de personalidade e capacidade jurídica, como verdadeiros sujeitos do Direito Internacional. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e de sua fiel observância dependerá em grande parte a evolução futura do próprio Direito Internacional. É este o caminho a seguir, para que não mais tenhamos que continuar a conviver com as contradições trágicas que marcaram o século XX¹⁷⁴.

¹⁷¹Cf., nesse sentido, F. Sudre, “Existe t-il un ordre public européen?”, in *Quelle Europe pour les droits de l’homme?* (ed. P. Tavernier), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 41, 50 e 54-67. - Para um estudo clássico do ordenamento jurídico, que buscou transcender o puro normativismo, cf. Santi Romano, *L’ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002 [reimpr.], pp. 3-163.

¹⁷²Para um estudo de caso a respeito, cf. A.A. Cançado Trindade, E. Ferrero Costa e A. Gómez-Robledo, “Gobernabilidad Democrática y Consolidación Institucional: El Control Internacional y Constitucional de los *Interna Corporis* - Informe de la Comisión de Juristas de la OEA para Nicaragua (Febrero de 1994)”, 67 *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* - Caracas (2000-2001) n. 137, pp. 593-669.

¹⁷³Cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; J.A. Carrillo Salcedo, “Droit international et souveraineté des États”, 257 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1996) pp. 132-146 e 204-207; Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 43-163 e 189-218.

¹⁷⁴A.A. Cançado Trindade, “A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado”, 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

México ante el Estatuto de Roma*

*Sergio García Ramírez***

Sumario: 1. Las opciones. 2. Un antecedente jurisdiccional. 3. El debate. 4. Alternativas para la reforma constitucional. 5. Proyecto de reforma al artículo 21 constitucional. 6. Conclusiones.

1. Las opciones

Es inminente la vigencia del Estatuto de la Corte Penal Internacional, adoptado en Roma el 17 de julio de 1998. Se cuenta con el número de ratificaciones

* Exposición en el Tercer Congreso Internacional de Derecho Penal “*Las implicaciones dogmáticas y político-criminales del proceso de globalización y de la internacionalización del Derecho penal*”. México, 22-26 de abril del 2002. La descripción que aquí se hace corresponde al estado que guardaba la cuestión al 23 de abril del 2002. Este trabajo fue aportado por el autor a la obra colectiva en homenaje al distinguido jurista Rodolfo E. Piza E., expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, preparada con el patrocinio de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica -de la que también fuera miembro, hasta su fallecimiento, el doctor Piza-, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y la mencionada Corte Interamericana.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

necesario para ello¹. Bajo ese instrumento se formalizará, finalmente, la jurisdicción internacional penal -y más todavía, el propio Derecho internacional penal-, cuya creación ha enfrentado múltiples vicisitudes en el curso de las diversas estaciones cumplidas en este largo camino². Fue necesario que transcurrieran cuatro años, entre 1998 y 2002, para que se lograra la voluntad coincidente de sesenta Estados, un número considerablemente reducido en comparación con los 139 que firmaron el Estatuto. Esa jurisdicción supone -o encarna- la existencia de un orden penal de alcance internacional que satisfaga ciertas condiciones fundamentales en la inevitable relación con los órdenes penales nacionales³. Es así que

¹ En los términos de su artículo 126.1, el Estatuto “entrará en vigor el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que se deposite en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el sexagésimo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”. Toda vez que esta condición se satisfizo el 11 de abril de 2002, el instrumento tendrá vigencia el 1 de julio del mismo año. Antes de esa fecha se disponía de 56 ratificaciones; el 11 de abril se agregaron Camboya, Rumania, Bulgaria, Eslovaquia y Mongolia. Cfr. *El Universal* (México) del 11 de abril de 2002, p. A17. Si un Estado lo ratifica, acepta o aprueba, o se adhiere a él después del 11 de abril citado, el Estatuto adquirirá vigencia con respecto a ese Estado “el primer día del mes siguiente al sexagésimo día a partir de la fecha en que haya depositado su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión”.

² En el que hay puntos de referencia notables. Uno de ellos fue la inaplicación del Tratado de Versalles (artículos 227-230) en lo relativo al enjuiciamiento del ex káiser Guillermo II, refugiado en Holanda, bajo el cargo de “delito supremo contra la moral internacional y la autoridad sagrada de los tratados”; otro, la frustración del propósito (Ginebra, 1937) de contar con tratados internacionales sobre represión del terrorismo y establecimiento del correspondiente tribunal internacional, a raíz del atentado (Marsella, 9 de octubre de 1934) que costó la vida al rey de Yugoslavia y al ministro francés Barthou, en Marsella.

³ En concepto de Hans-Heinrich Jescheck, esas condiciones, que derivan de las tesis sostenidas en los juicios de Núremberg, se concentran en tres principios: a) responsabilidad penal directa del individuo según el Derecho internacional; b) supremacía del Derecho

se ha optado por enfrentar la criminalidad y suprimir la impunidad a través de la organización internacional, no sólo de la jurisdicción nacional ampliada⁴.

Por todo ello, crece el debate interno -que hasta ahora no ha sido verdaderamente intenso⁵- acerca de la posibilidad y conveniencia de que México, suscriptor del instrumento -a última hora, tras reticencias explicables⁶-, ratifique éste y se constituya, por lo tanto,

internacional penal frente al Derecho estatal, y c) exclusión de la teoría del “acto de soberanía”. *Tratado de Derecho penal. Parte general*, trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, BOSCH, vol. I, 1981, pp. 166-167.

- 4 Para lograr el “objetivo civilizador” que se pretende hay dos caminos en Derecho internacional, escribe Juan Antonio Carrillo Salcedo: “la expansión del ámbito de jurisdicción penal de los Estados respecto de los delitos contra la comunidad internacional y el Derecho de gentes”, y “de otra parte, la creación de Tribunales Penales Internacionales”. “Presentación” de *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 19-20. En torno a la jurisdicción nacional ampliada, por obra del principio de jurisdicción universal, cfr. el reciente artículo de Del Toro Huerta, Mauricio Iván, y Barrena, Guadalupe, en *Cauces* (Expresión de los Estudiantes de la Facultad de Derecho de México, UNAM), año I, núm. 2, abril-junio de 2002, pp. 20 y ss.
- 5 Aunque ha habido, por supuesto, numerosos foros de análisis del tema, con participación nacional e internacional, y cierta deliberación en círculos parlamentarios y de opinión pública. En el Senado, la discusión avanzó a raíz del envío de la iniciativa de reforma al artículo 21 constitucional de la que me ocupo en ese artículo, y en la víspera de que se contara con las sesenta ratificaciones indispensables para la vigencia del Estatuto. Cfr. *El Universal* (México), del 11 de abril, p. A-16.
- 6 México suscribió el Estatuto en Nueva York, *ad referendum*, el 7 de septiembre del 2000. En la deliberación sobre este punto se expresaron pareceres encontrados. En contra de la suscripción se manifestó: a) contraviene el artículo 133 constitucional, porque no es admisible la “celebración” de un tratado (facultad del Ejecutivo en virtud del artículo 89, fracción X, de la ley suprema) si al momento de hacerla subsisten problemas de constitucionalidad; b) vulnera el artículo 1º constitucional, en cuyos términos las garantías establecidas en la ley fundamental “no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”; c) desatiende el artículo 15, que prohíbe celebrar tratados en virtud de los cuales se alteren las garantías constitucionales del hombre y el ciudadano; y d) la suscripción genera obligaciones derivadas de la Convención de Viena sobre Tratados: abstenerse de actos que frustren el objeto y fin

en parte del Convenio, que es serlo de un sistema internacional de justicia penal; intervenga con derechos plenos en la Asamblea de los Estados Partes⁷, y asuma los deberes y responsabilidades, más las correspondientes facultades, que trae consigo esa jurisdicción.

A mi juicio, nuestro país debe ingresar al sistema de la Corte Penal Internacional. Para entenderlo así hay diversos argumentos. En este artículo me referiré a algunos de ellos, pero desde ahora quiero aludir a uno que debiera ser examinado con objetividad y puntualidad por quienes tienen a su cargo la responsabilidad histórica de adoptar la decisión final -aunque no necesariamente irrevocable y última⁸- en esta materia: hay que considerar, como artículo de previo pronunciamiento, las opciones que tenemos a la

de un convenio. A favor de la suscripción se adujo: a) es necesario desvanecer la idea de que la abstención de México en Roma significa falta de compromiso con los objetivos de la Corte; b) no es conveniente que México quede al margen de una corriente internacional plausible y consecuente con los principios del Estado de Derecho y el destierro de la impunidad; c) la celebración del tratado no se agota cuando lo suscribe el Ejecutivo, sino cuando se deposita el instrumento de ratificación: sólo entonces se actualiza el compromiso del Estado con respecto al asunto de la convención; y d) la firma sería *ad referendum*.

⁷ Regulada por la Parte XI del Estatuto (artículo 112), que tiene importantes atribuciones, entre ellas las relativas a la aprobación de las recomendaciones de la Comisión Preparatoria y el conocimiento y decisión acerca de enmiendas al convenio de Roma (que también puede encomendarse a una Conferencia de Revisión, conforme al artículo 121; una conferencia de este carácter, convocada siete años después de que entre en vigor el Estatuto, examinará las enmiendas propuestas hasta ese momento, en los términos del artículo 123).

⁸ Puesto que siempre existe la posibilidad de denunciar el tratado mediante notificación escrita al Secretario General de las Naciones Unidas, y la denuncia surtirá efectos (pero no eximirá al Estado de las obligaciones contraídas mientras fue parte en el Tratado) un año después de que se reciba la notificación, salvo que en ella se indique una fecha posterior.

vista y a la mano. Por una parte, la continuación del estado de cosas que ha prevalecido; por la otra, la existencia y operación del tribunal internacional.

Veamos la primera opción. Es obvio que también en el orden internacional, como en el nacional, el crimen será “la sombra que acompañe al cuerpo”. Me temo que persistirá la comisión de graves delitos de alcance o trascendencia internacionales y que será preciso reaccionar ante ellos. La crónica de los últimos tiempos -e incluso de los últimos días- ilustra sobre la persistencia del crimen. Hasta ahora hemos contado con dos medios para aquella reacción. Por una parte, existe la posibilidad -que acaso continuará- de que el más fuerte haga uso de su poder y extienda su brazo punitivo, con buenos o malos motivos, sobre todas las fronteras. Tendríamos una potencia juzgadora hegemónica dotada con la capacidad de adoptar, eficazmente, decisiones unilaterales en este campo, que aplicaría su versión del Derecho, nacional o internacional, desplegaría su propio sistema de justicia y arribaría a las consecuencias punitivas que considere pertinentes⁹.

La restante alternativa, dentro de la misma opción que ahora examino, radica en la creación de órganos judiciales especiales para el juzgamiento de ciertos delincuentes o grupos de delincuentes, por determinados delitos perpetrados en unas circuns-

⁹ El ejemplo es obvio: los atentados terroristas del 11 de septiembre en Washington D.C., y Nueva York pusieron en movimiento una reacción defensivo-ofensiva que se articuló en un orden jurídico específico, cuyos aspectos más relevantes se localizan en la *Military Order* del Presidente de los Estados Unidos, del 13 de noviembre de 2001 (*Detention, treatment and trial of certain non-citizens in the war against terrorism*).

tancias o en un período definidos. Esta es la fórmula que dominó en los años cuarenta y noventa, con variantes de mayor o menor entidad. Así se hizo al cabo de la Segunda Guerra Mundial¹⁰, a través de los tribunales de Nüremberg y Tokio, para cuya creación se tomó en cuenta la enorme insatisfacción que dejaron los intentos de justicia penal al término de la Primera Postguerra¹¹. Y así se ha hecho posteriormente en los casos de la exYugoslavia y Ruanda: cada uno de estos tribunales cuenta con el respectivo estatuto y tiene la encomienda -competencia *ratione temporis, personae* y *materiae*- que éste le confiere.

Si los tribunales de Nüremberg y Tokio fueron constituidos por imperativo de las fuerzas vencedoras, los de la exYugoslavia y Ruanda lo han sido por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el poderoso cuerpo de quince miembros sobre el que pesa, con irresistible influencia, el veto de los miembros permanentes¹². Este órgano, que tiene a su

¹⁰ Al término de la Primera Guerra se pretendió, sin éxito, el enjuiciamiento internacional del ex kaiser de Alemania, Guillermo II de Hohenzollern. Así se previno en el Tratado de Versalles (artículo 227).

¹¹ Sheldon Glueck escribió: “La historia de la acción cumplida contra los criminales de guerra germanos bajo el Tratado de Versalles sirve de ejemplo de lo que no debe hacerse de nuevo como base para un programa justo y realista de las Naciones Unidas”. *Criminales de guerra. Su proceso y castigo*, trad. Carlos Liacho, Buenos Aires, Ed. Anaquel, 1946, p. 27. La detallada crítica que formula el profesor norteamericano va más allá, por supuesto, de la impunidad del ex káiser; abarca los casos de otros responsables, en los llamados “juicios de Leipzig”.

¹² El correspondiente a la ex Yugoslavia fue creado por acuerdo del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas del 22 de febrero de 1993; el relativo a Ruanda, lo fue por resolución del mismo Consejo, del 8 de noviembre de 1994.

cargo la custodia de la paz y la seguridad internacionales, ha cimentado la fundación de aquellos dos tribunales en las atribuciones que le confiere el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. Sin embargo, esa argumentación no ha sido acogida en forma unánime y pacífica¹³. Diversos Estados -entre ellos México- han expresado su parecer desfavorable a las características de los órganos judiciales así constituidos y a la posibilidad misma de que se constituyan conforme a una lectura particular de la Carta.

El mero enunciado de las alternativas mencionadas bajo lo que he llamado una primera opción -y resta, por supuesto, la peor de todas: el simple recurso a la fuerza armada- sustenta la necesidad de contar con una segunda opción que supere las graves deficiencias de aquélla. A este fin ha tendido, desde siempre, la vigorosa corriente que patrocina el establecimiento de un tribunal permanente, verdaderamente internacional, establecido conforme a normas *ex ante* -y no *ex post*- con respecto a la comisión de los delitos. Ni tribunal de vencedores, ni tribunal de “un club de países” o de “un solo país”. A ello tiende la Corte Penal Internacional, prevista en el Estatuto de Roma y creada conforme al procedimiento que se estimó preferible en el examen de las diversas posibilidades practicables¹⁴. De existir y

¹³ A favor de estos tribunales especiales se aduce que han llegado a ser instituciones judiciales internacionales viables, han contribuido a la construcción de la paz en sociedades que estuvieron en guerra, y han introducido *criminal accountability* en la cultura de las relaciones internacionales. Cfr. Akhavan, Payam, “Beyond impunity: can international criminal justice prevent future atrocities?”, en *American Journal of International Law*, vol. 95, no. 1, January 2001.

¹⁴ La Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas consideró cuatro posibilidades para el establecimiento de la Corte: resolución de

operar aquella Corte, habría por lo menos un órgano de naturaleza jurisdiccional, pactado a través de un amplio consenso internacional, que actúe bajo el imperio de normas penales orgánicas, sustantivas, adjetivas y ejecutivas adecuadamente expedidas y ampliamente conocidas¹⁵.

En el horizonte figuran, pues, dos “mundos posibles”, aunque uno de ellos parece hallarse, de hecho y de derecho, en el plano más cercano a nuestro objetivo y a nuestra esperanza. Por una parte, un mundo sin tribunal penal internacional, sujeto a decisiones particulares, que pueden ser abruptas, inadecuadas, insuficientes, parciales, y otro con una Corte Penal Internacional que disponga de un consenso generalizado, suficiente y razonable, y establezca el imperio de las normas en la solución de las controversias de este carácter. Pronto se concretará el

la Asamblea General, resolución del Consejo de Seguridad, reforma de la Carta de San Francisco o tratado internacional, que permitiera la posterior vinculación de la Corte con las Naciones Unidas. Por razones prácticas se aceptó esta última posibilidad, que suscitaría menos objeciones y enfrentaría menos obstáculos. Cfr. Zafra Espinosa de los Monteros, Rafael, “El establecimiento convencional de la Corte Penal Internacional: grandeza y servidumbre”, en *La criminalización...*, *cit.*, p. 159-160.

¹⁵ En el Preámbulo del Estatuto de Roma, conjuntamente con el artículo 1 del mismo instrumento, aparecen las características del órgano jurisdiccional: “una Corte Penal Internacional de carácter permanente, independiente y vinculada con el sistema de las Naciones Unidas que tenga competencia sobre los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, y que sea “complementaria de las jurisdicciones penales nacionales”. Las descripciones sobre competencia y funcionamiento de la Corte son abundantes. En la más reciente doctrina mexicana, cfr. Guevara, José Antonio, “La suplementariedad del Estatuto de Roma respecto de la protección de los derechos humanos y de la responsabilidad internacional de los Estados”, en Corcuera Cabezut, Santiago, y Guevara Bermúdez, José Antonio (comps.), *Justicia penal internacional*, México, Universidad Iberoamericana, 2001, pp. 129 y ss.

segundo escenario, merced a la vigencia del Estatuto de Roma,¹⁶ y México deberá tomar partido entre las dos opciones descritas: la participación en el sistema de la Corte o el *status quo* prevaleciente. Guardar silencio, de manera persistente o permanente, ya significa una elección.

Por supuesto -y quiero expresarlo cuanto antes- no caigo en la ilusión de que la vigencia del Estatuto de Roma y la existencia de una Corte Penal Internacional, cuyos integrantes sean electos, que cuente con una sede y asuma el conocimiento de algunas causas, eliminarán de plano la opción atada a las medidas unilaterales. Es probable que el Consejo de Seguridad ya no haga uso de su hipotética atribución de crear tribunales especiales o *ad hoc*. Pero también lo es que algunos Estados no renunciarán fácilmente a la facultad, reconocida por el Derecho Internacional, de mantenerse al margen del Estatuto de Roma, ni desistirán de la potestad, autoasignada, de erigirse en jueces exclusivos de ciertos delitos internacionales, con exclusión -de grado o por fuerza- de otras jurisdicciones, por internacionales que éstas sean. Recordemos el rechazo que recibió el Estatuto por parte de algunos Estados, al cabo de la Conferencia de Roma¹⁷, así como la tenaz

¹⁶ Aunque varios Estados que abarcan a buena parte de la humanidad se hallarán fuera de ese régimen; así, China, la India y los Estados Unidos.

¹⁷ En contra votaron: Estados Unidos (que suscribió el tratado el 31 de diciembre del 2000), China, la India, Israel (que suscribió el 31 de diciembre del 2000), Turquía, Filipinas y Sri Lanka. Se abstuvieron México y otros veinte países. Sobre la posición de una parte relevante del Congreso norteamericano, es particularmente significativo el artículo publicado por el senador Jesse Helms, Presidente del Comité de Relaciones Exteriores del Senado, en el diario londinense *Financial Times*, del 31 de julio de 1998, bajo el elocuente título "We must slay

oposición que hoy se endereza contra la Corte en algunos poderosos parlamentos. En suma, la inauguración de la Corte Penal Internacional no significa, a *fortiori*, la desaparición de otros medios, más o menos jurisdiccionales -digamos-, de enfrentar la criminalidad en el orden mundial.

Los adversarios de la ratificación del Estatuto han puesto el acento en un hecho sombrío: no llegará muy lejos la Corte si no cuenta con la participación comprometida y resuelta de los Estados Unidos; y menos todavía si esta gran potencia expresa -como lo han hecho muchos funcionarios norteamericanos- su abierta oposición a la Corte. Aún así, conviene considerar seriamente la participación en el sistema de la Corte Penal Internacional. Seguirá siendo una alternativa razonable, al menos como concepto,

this monster”, en la inteligencia de que el “monstruo” es la Corte Penal Internacional. Este tribunal -señala Helms- “pretende someter a juicio la política de seguridad de Estados Unidos de América”. Añadió: “Mientras yo siga respirando, Estados Unidos de América nunca permitirá -y repito, nunca- que sus decisiones sobre seguridad nacional sean juzgadas por una Corte Penal Internacional”. Carrillo Salcedo, Juan Antonio, “Presentación”, *cit.*, nota 4, pp.25 y 26. En la misma línea adversa a las jurisdicciones internacionales, cfr. Kissinger, Henry, “Las trampas de la jurisdicción universal”, en *Foreign Affairs en español*, ITAM, vol. 1, núm. 3, otoño-invierno 2001, pp. 87 y ss. Este artículo es una adaptación del libro *Does America need a foreign policy? Toward a diplomacy for the 21st Century*. Cuando los Estados Unidos suscribieron el tratado, el Presidente Clinton hizo ver que así ese país podría influir en la evolución de la Corte, cosa que no ocurriría si se abstenía de suscribir. Cfr. International Human Rights Law Institute, University De Paul, *Progress report on the ratification and national implementing legislation of the Statute for the establishment of an International Criminal Court*, 19 feb. 2001, p. 8. Obviamente, esta posición norteamericana ha suscitado la crítica de los sostenedores de la Corte. Cfr. Garzón Real, Baltasar, “Corte Penal Internacional: una iniciativa de paz”, en *El Universal* (México) del 12 de abril del 2002, p. A22.

manifestación de un “principio”: la regla de justicia internacional frente a la regla de fuerza unilateral, medios ambos -con características distintas desde la perspectiva axiológica- para combatir crímenes gravísimos y desterrar la impunidad.

2. Un antecedente jurisdiccional

Al referirme al trance en el que se halla México, y cuya solución acaso consumirá algún tiempo, estimo pertinente invocar la experiencia de nuestro país frente a otra jurisdicción internacional a la que últimamente acogió, pero cuyo pleno ejercicio -vale decirlo- todavía no se halla suficientemente asegurado en el ámbito interno. Me refiero a la jurisdicción interamericana sobre derechos humanos. Para abordar este punto conviene destacar que México ha sido un miembro responsable y activo de la comunidad internacional. Ha tenido una presencia gallarda en múltiples foros. Ha defendido principios y valores contra las arremetidas de países más poderosos. Ha establecido esos principios en su ley fundamental¹⁸, y así ha querido ponerlos a

¹⁸ Así, en la fracción X del artículo 89 constitucional. Véase el proceso de reforma de este precepto, en 1987 y 1988, en *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, México, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, LV Legislatura, 4ª. edición, 1994, t. IX, pp. 551 y ss., con comentario de Manuel González Oropeza. Asimismo, cfr. Sepúlveda, Bernardo, “Los valores éticos y el orden jurídico mexicano. La perspectiva del Derecho internacional”, en García Ramírez (coord.), *Los valores en el Derecho mexicano. Una aproximación*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México/Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 393 y ss.; Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Elevación a rango constitucional de los principios de política exterior”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), México, año XXI, no. 63, septiembre-diciembre 1998, pp. 1165 y ss.; Becerra Ramírez, Manuel, *Derecho internacional público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México/McGraw-Hill, 1997, pp. 66-67.

cubierto -pues son puntos de nación y de Estado- de los vaivenes circunstanciales que pudieran acosarlos. En suma, la política internacional mexicana es motivo de orgullo y factor de defensa contra pretensiones injustas.

México tiene una dura experiencia secular sobre lo que puede la fuerza cuando se moviliza contra la razón. Esta experiencia dolorosa, sumada a quebrantos en el empleo del método arbitral para la solución de controversias internacionales¹⁹ -medio tradicionalmente empleado en estas coyunturas, sin perjuicio de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia-, ha determinado que nuestro país guarde cierta distancia de los entendimientos internacionales que instituyen instrumentos decisorios más allá de las instancias domésticas. Hay que revisar la historia para entender esta actitud, que no es el producto de un aislacionismo irracional, sino de una racional defensa de aquellos valores y principios en el caso de México mismo, pero también en otros casos que se han ventilado en la escena internacional.

Las cosas han cambiado, sin embargo. La oleada mundializadora llegó a estas playas y nuestro país ya es parte en infinidad de tratados de la más diversa especie. En este sentido, ejerce su soberanía, no la pierde. Además, México ha admitido instancias no nacionales para la solución de controversias. Un ejemplo es el relativo a los conflictos en el marco del libre comercio,

¹⁹ Cfr. González Avelar, Miguel, *Clipperton, isla mexicana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, esp. pp. 137 y ss. Por otra parte, cfr. Martínez Báez, Antonio, “Informe sobre las investigaciones realizadas en varios archivos y bibliotecas sobre el descubrimiento de la Isla de la Pasión o de Clipperton, en el Océano Pacífico”, en *Obras. Ensayos históricos*, México, Coordinación de Humanidades, Universidad Nacional Autónoma de México, t. II, 1996, pp. 191 y ss.

además de otros que adelante mencionaré. En este ámbito se presenta una “evasión” de las instancias nacionales de justicia, a favor de otros órganos y procedimientos²⁰.

Cuando se realizó en 1969, tras larga preparación, la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, nuestro país había formulado ya, cautelosamente, una declaración formal desfavorable a la existencia de un tribunal sobre esta materia²¹. En esa cautela militaba la experiencia internacional de México²². No se trataba, evidentemente, de rechazar el reconocimiento y la tutela de los derechos humanos, cuya protección es, a mi modo de ver, la decisión política fundamental nuclear de la nación mexicana, si nos atenemos a la letra y el espíritu de la Constitución

²⁰ Cfr. Fix Fierro, Héctor, y López Ayllón, Sergio, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del Derecho. Una visión desde la sociología y la política del Derecho”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 1993, t. I, pp. 49-50. En la misma obra colectiva, cfr. Witker, Jorge, y Hernández, Susana, “Resolución de controversias en materia de antidumping y cuotas compensatorias en el TLCAN”, t. II, pp. 231 y ss.; y Serrano Migallón, Fernando, “El capítulo XX: disposiciones institucionales y procedimientos para la resolución de controversias”, *id.*, pp. 271 y ss. Un punto de vista crítico, en Sepúlveda, Bernardo, “Los valores éticos y el orden jurídico...”, en García Ramírez (coord.), *Los valores...*, *cit.*, pp. 405-406. En cuanto a la relación entre México y la Unión Europea, cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, “La solución de controversias en los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y México”, en *Jurídica* (México), núm. 30, 2000, pp. 285 y ss.

²¹ Además del planteamiento previo, México hizo una declaración general en el inicio de la Conferencia. Cfr. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969. Actas y documentos* (OEA/Ser. K/XVI/1.2), Washington, D. C., Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, p. 152.

²² Acerca de la progresiva cautela de México en este tema, cfr. Sepúlveda, César, *Estudios sobre Derecho internacional y derechos humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991, p. 141.

General de la República, que a su vez recibe una copiosa tradición constitucional²³. Se trataba, más bien, de la inquietud ante instancias supranacionales cuyo signo y desempeño -en la realidad, no en el papel- aún no se conocían.

México participó con diligencia en la formulación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, como se advierte en las actas respectivas. Planteó enérgicamente sus preocupaciones, y al término de la conferencia optó por sumarse a la corriente general de los países participantes y aceptar la existencia de una corte internacional, en la inteligencia de que sería optativa la jurisdicción de ésta sobre los Estados, es decir, habría una cláusula facultativa²⁴ que separase la vigencia de la Convención, por una parte, de la operación del tribunal, por la otra²⁵. Entre ambos extremos mediaría la admisión explícita por parte del Estado soberano.

²³ Desde la Constitución de Apatzingán, heredera de las declaraciones norteamericana y francesa. En aquélla -seguida por la Constitución de 1917-, el artículo 24 proclamó: “La felicidad del pueblo y de cada uno de los ciudadanos consiste en el goce de la igualdad, seguridad, propiedad y libertad. La íntegra conservación de estos derechos es el objeto de la institución de los gobiernos y el único fin de las asociaciones políticas”. Sobre la relevancia de los derechos humanos en aquella carta histórica, cfr. Díaz Ballesteros, Enrique, *Visión y herencia de una Constitución. Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana. 22 de octubre de 1814*, Morelia, Gobierno del Estado de Michoacán de Ocampo/Universidad Latina de América, 2001, pp. 137-139.

²⁴ La cláusula consta en el artículo 62 de la Convención: los Estados pueden reconocer en cualquier momento -sea al depositar el instrumento de ratificación o adhesión, sea en otra oportunidad- la competencia de la Corte para resolver casos relativos a la interpretación o aplicación del Pacto de San José; en tal hipótesis, esa competencia tendrá el carácter de obligatoria; la declaración del Estado puede ser incondicional o sujetarse a condición de reciprocidad; podrá contraerse a casos específicos o tener vigencia durante un plazo determinado.

²⁵ Cfr. *Conferencia Especializada... Actas y documentos, cit.*, p. 244.

Ahora bien, México no suscribió la Convención o Pacto de San José, como también se conoce a ese notable documento. Pasarían varios años antes de que nuestro país se adhiriera a éste, que es otra de las formas de vinculación reconocidas por el Derecho internacional de los tratados: habiéndose firmado la Convención en 1969, México se adhirió en 1981; la adhesión cobró vigencia en 1982. Habían transcurrido doce años. Y muchos más transcurrirían para el siguiente paso. No fue sino hasta el final de 1998 -es decir, diecisiete años después de la adhesión- que el Senado aprobó la incorporación del régimen de competencia contenciosa de la Corte Interamericana. Similar espera se presentó en el caso de otros países, desde algunos con población reducida, como Haití y República Dominicana, hasta el más poblado de todos: Brasil.

En síntesis -y como corolario de este largo análisis- México demoró treinta años en admitir la jurisdicción de una corte internacional sobre derechos humanos, como ha demorado también en otras admisiones que adelante mencionaré. Pero ingresó finalmente en este sistema. El ingreso, plenamente justificado a mi modo de ver, obedeció a diversos factores, que no pretendo examinar en este momento²⁶. Probablemente lo mismo ocurrirá en el caso de la Corte Penal Internacional, mediante incorporación al régimen del Estatuto de Roma. No auguro ni deseo, por supuesto, una espera de tres décadas. Las condiciones nacionales e internacionales son diferentes de las que entonces existían, y

²⁶ Me remito a lo expuesto en García Ramírez y Del Toro Huerta, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *La jurisprudencia de la Corte Interamericana...*, cit., pp. 21 y ss.

ahora facilitan lo que antes no auspiciaban, aun cuando un ambiente enrarecido -precisamente en el terreno de las relaciones internacionales y la política respectiva- puede poner nuevos obstáculos en el camino hacia la admisión de la Corte. Creo que tarde o temprano México será parte en el Estatuto de Roma. Convendría que lo fuera temprano, pero no por obra de un proceso precipitado y una decisión atropellada, que restaran consistencia a la decisión y satisfacción a los participantes. Si las cosas requieren tiempo, hay que darles tiempo.

3. El debate

Hay dos posiciones encontradas sobre este asunto, así como algunos pareceres a media vía entre aquéllas. Son respetables y atendibles las razones de partidarios y adversarios, e incluso pudiera haber terceros planteamientos que también aporten elementos interesantes a la deliberación general²⁷. Merecen cuidado las reflexiones que algunos formulan a propósito de la soberanía nacional y la supremacía constitucional²⁸, que trae consigo superioridad de las instituciones recogidas por la ley fundamental. Y no ameritan menor cuidado las alegaciones que otros

²⁷ Para un examen general de los argumentos a favor y en contra de la incorporación de México al Estatuto de Roma, cfr. Canchola, Ulises, “Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso mexicano y la experiencia comparada”, en Corcuera y Guevara (comps.), *Justicia penal...*, cit., pp. 225 y ss.

²⁸ Entre las más recientes expresiones figura la del distinguido jurista Juventino V. Castro, ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, recogida en el diario *La Jornada* del lunes 15 de abril del 2002, bajo un elocuente título: “La Corte Penal, ‘trampa a la soberanía’”.

expresan sobre la pertinencia de que no haya lugar de refugio para el genocida, el torturador o el violador del Derecho humanitario; de que se hallen bien protegidos los más altos bienes jurídicos de la humanidad; de que exista una misma regla de justicia para todos los hombres y todos los pueblos, administrada por un tribunal que encarne, como antes dije, el mayor consenso posible del conjunto internacional.

También es digna de estudio la reflexión de quienes observan numerosos desaciertos en el Estatuto de Roma. Me cuento entre esos observadores de buena fe. Es claro que el sistema penal y el sistema internacional no disponen todavía de un buen puente de comunicación que unifique sus pretensiones y sus fórmulas normativas. El Derecho penal internacional tiene, en virtud de su doble fuente -se ha dicho-, una “personalidad dividida”²⁹, y en cierto modo “atormentada”. Difícilmente se podría exhibir el Estatuto como una pieza perfecta de técnica penal -porque es un instrumento penal y debe ser examinado y valorado como tal-, que resista el juicio más exigente del penalismo contemporáneo, comprometido con la larga y azarosa evolución de las ideas, las leyes y las prácticas a partir del siglo XVIII.

Ese penalismo dejó atrás -aunque hay regresos y tropiezos- la hora del autoritarismo que se valió de la

²⁹ El denominador común del Derecho penal internacional es “la protección de ciertos intereses que representan valores comúnmente compartidos por la sociedad mundial”. Las divergencias doctrinales entre el Derecho penal y el Derecho internacional “han determinado que el Derecho penal internacional se configure como una ‘personalidad dividida’, característica que ha dificultado su desarrollo”. Bassiouni, M. Cherif, *Derecho penal internacional. Proyecto de Código penal internacional*, trad. de José L. De la Cuesta Arzamendi, Madrid, Tecnos, 1983, p. 77.

razón de Estado, e inició la era del Derecho penal democrático, instalado en otro género de razones. Y no me refiero apenas a los tecnicismos que implica la elaboración de normas dentro de cualquier disciplina³⁰, sino a puntos de principio -los dogmas del liberalismo penal-, *verbi gratia*. Creo que todo esto podría ser reconocido, con objetividad y humildad intelectual, por los ardientes partidarios del Estatuto, y determinar la futura posición del Estado, cuando llegue la hora de reformar ese instrumento³¹. El explícito reconocimiento de los vacíos o las desviaciones puede contribuir, desde ahora, a formar la circunstancia de opinión que opere los cambios necesarios.

Por otra parte, también hay cuestiones que deben ser reconocidas con ese mismo espíritu. Si el Estatuto de Roma es defectuoso, cabe preguntarse: ¿se podría haber logrado algo mejor en esta etapa? Al formularnos la pregunta y responder a ella -una respuesta con consecuencias jurídicas y políticas- no podemos separar la calificación del instrumento del análisis de sus

³⁰ Pero la dogmática es el puente entre el establecimiento de los principios y su recepción adecuada en los textos legales; por ello implica un importante factor de garantía para el individuo. Cfr. mi artículo "Criminología, dogmática y política penal", en *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI. Volumen de homenaje al Prof. Dr. Pedro R. David*, Buenos Aires, Depalma, 2001, pp. 309 y ss., así como las opiniones -citadas en aquel trabajo- de Muñoz Conde, Francisco, y García Arán, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 201, y Bunster, Alvaro, "Consideraciones en torno de la dogmática penal", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), año XXX, no. 90, 1997, p. 949.

³¹ El proceso de enmienda se halla regido por el artículo 121. Abarca diversos supuestos, con sus respectivas implicaciones. El primer párrafo advierte: "Transcurridos siete años desde la entrada en vigor del presente Estatuto, cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas a él..."

antecedentes y de la circunstancia en la que se produjo. Recordemos el extenso tránsito de los trabajos conducentes a una jurisdicción internacional. No se nos escapa -dejando de lado los esfuerzos que desembocaron en frustración y abandono- la extraordinaria cantidad de obstáculos, recelos, posiciones discrepantes, sospechas y suspicacias que existieron a todo lo largo de aquel proceso, desde Nüremberg y Tokio. Larga, casi infinita, fue la empresa de redactar los principios del Derecho penal internacional encomendados por la Asamblea General de Naciones Unidas a la Comisión de Derecho Internacional. Y no fue sino hasta que Trinidad y Tobago replanteó la lucha internacional contra ciertos delitos -una lucha jurisdiccional, se entiende- que pudo reanimarse el esfuerzo conducente a la Conferencia de Roma.

En Roma -la postrera estación en el camino: otras, muy difíciles, hubo inmediatamente antes- un gran número de Estados puso frente a frente sus respectivas pretensiones sobre la Corte -o en contra de la Corte- y logró al cabo una cierta coincidencia fundada en innumerables concesiones. Los resultados obtenidos son producto, en buena medida, del frente común establecido por importantes protagonistas de la conferencia: el “grupo de Estados afines” y numerosas organizaciones no gubernamentales³². Abundan los testimonios acerca del prolongado, complejo, difícil proceso de elaboración del Estatuto. La variedad de elementos por conocer, congregar y conciliar, difícil-

³² Juan Antonio Yáñez-Barnuevo, jefe de la delegación española en la Conferencia de Roma, señala que “el factor que más pesó en el éxito de las labores de la conferencia (...) radicó en la alianza no escrita entre dos grupos muy diferentes pero unidos por la voluntad de hacer

mente podría arrojar un resultado mejor³³. Esto lo supo bien la delegación mexicana, que libró una ardua batalla con sólidos argumentos³⁴. Con semejantes antecedentes y en tal circunstancia inmediata, hubiera sido extremadamente difícil, por no decir imposible, arribar a fórmulas más felices.

que el mundo contase con un verdadero tribunal penal internacional en los albores del siglo XXI.-Me refiero, por un lado, a la Coalición de Organizaciones no Gubernamentales para la Corte Penal Internacional (...) y, por otro, al Grupo de Estados Afines”. “El papel del grupo de Estados afines en la elaboración y el desarrollo del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional”, en Corcuera y Guevara (comps.), *Justicia penal...*, cit., p. 166. En el mismo volumen figuran artículos (pp. 235 y ss.) sobre “El rol y la agenda de la sociedad civil organizada en el proceso de establecimiento de la Corte Penal Internacional”, de Mariclaire Acosta (México), Alda Facio (Costa Rica) y Francisco Soberón (Perú), respectivamente.

- 33 Ambos Kai, miembro de la delegación alemana en la Conferencia de Roma, ha escrito: “La estructura del Estatuto no sigue criterios lógico-objetivos sino que representa el resultado de un proceso de discusión político-jurídico de muchos años, marcado por la búsqueda de soluciones susceptibles de consenso y de máxima predisposición de compromiso. Se intentó, pero no fue posible, llegar a soluciones maduras en el plano dogmático y jurídicamente libres de contradicción; tan sólo se logró refundir los diferentes intereses político-criminales de las delegaciones de los Estados en una forma aceptable para todos. La arriesgada empresa entre una persecución penal eficiente y una consideración adecuada a los intereses de la soberanía estatal se evidencia precisamente en las partes del Estatuto más significativas desde la perspectiva política; en particular, en las disposiciones sobre la competencia judicial (*jurisdiction*), sobre los delitos y sobre la cooperación con la Corte. De otro lado, también es evidente que las peculiaridades del objeto de las negociaciones -el dominio jurídico-material y procesal del injusto de derecho penal internacional- hacen necesarias soluciones que superen los simples conocimientos de derecho comparado”. Kai, Ambos, “Sobre el fundamento jurídico de la Corte Penal Internacional. Un análisis del Estatuto de Roma”, trad. Miguel Angel Iglesias Río y Lucía Martínez Garay, en Kai, Ambos, y Guerrero, Oscar Julián (comps.), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p. 102.
- 34 Cfr. González Gálvez, Sergio, “La Corte Penal Internacional”, en Corcuera y Guevara (comps.) *Justicia penal...*, cit. pp. 11 y ss.; y *La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales en caso de conflicto armado y la injerencia con fines humanitarios. Tres temas básicos del Derecho internacional humanitario*, México, Secretaría de la Defensa Nacional, 2000, pp. 4 y ss. Asimismo, cfr. Fernández Doblado, Luis, “Tribunal Penal Internacional”, en

Esto no absuelve al Estatuto; simplemente entiende lo que se pudo hacer y lo que no se pudo hacer. Tal vez hubiera sido mejor abrir el campo para la formulación de reservas, conforme a la tradición en esta materia. Sin embargo, es probable que el cúmulo de reservas y las características de ellas hubieran alterado radicalmente el sistema, hasta echarlo por tierra³⁵. Así las cosas, se tiene lo que se pudo tener con el propósito central de instaurar la justicia penal internacional. Como antes sugerí, habrá que aguardar el plazo de siete años fijado para la revisión del Estatuto y emprender, a partir de ese momento, la compleja tarea de perfeccionar el sistema y ponerlo a cubierto de los reproches -justificados muchos de ellos- que hoy se le dirigen.

Ya me referí a la experiencia mexicana en la adopción de la Convención Americana y en la admisión de la jurisdicción contenciosa de la Corte respectiva. No insistiré en esto, que me alejaría de mi tema actual. Sin embargo, conviene hacer notar, como referencia para las consideraciones que luego expondré, que al ocurrir esto último -el reconocimiento de la jurisdicción de un órgano internacional-, México recogió o asumió ciertas decisiones -expresa o implícitamente- que contribuyen a establecer el rumbo y el destino de nuestros pasos en el caso de la Corte Penal. Efectivamente, en 1998 -año

Criminalia (México), año LXIV, no. 3, septiembre-diciembre 1998, pp. 226-228.

³⁵ El Estatuto no permite reservas (artículo 120). Hay que tomar en cuenta, además, que la expresión de reservas hubiera enfrentado difíciles obstáculos, habida cuenta del límite que tienen conforme al Derecho internacional de los tratados: no pueden contrariar o afectar la convención en aspectos esenciales. Queda pendiente la posibilidad de formular declaraciones interpretativas, que difícilmente podrían satisfacer los planteamientos de fondo de muchos Estados.

de la incorporación plena al régimen internacional protector de los derechos humanos- nuestro país se instaló en la mejor corriente moderna del Derecho internacional: la que brinda mayor protección al ser humano y resulta más consecuente, por ello, con la letra y el espíritu de la Carta de Naciones Unidas y la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Al mismo tiempo, México hizo notar -con hechos jurídicamente relevantes- sus compromisos naturales como miembro de la comunidad jurídica universal, en general, y de la interamericana, en particular.

En esa situación, quedó de manifiesto el reconocimiento claro de que existe una responsabilidad internacional del Estado con motivo de la conducta ilícita de sus agentes, responsabilidad que no es excluyente, por lo demás, de la que pudiera existir con respecto a individuos concretos. Más todavía, la actuación de éstos -que pone en movimiento lo que he llamado el “deber de justicia penal” del Estado³⁶- es condición para que haya responsabilidad estatal. También quedó aceptado el principio, tan relevante, de la potestad jurisdiccional primordial o principal de los órganos nacionales, y la subsidiaria, complementaria o accesoria de los internacionales: éstos no desplazan a

³⁶ Así, por ejemplo, en “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en García Ramírez, *Estudios jurídicos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 438 y ss. (este trabajo aparece también en Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S. J.: “Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio”, Caracas, 2000, pp. 601 y ss.); y “Cuestiones ante la jurisdicción internacional”, en *Cuadernos Procesales*, México, año V, septiembre de 2001, pp. 21 y ss.

aquéllos. Se admitió, igualmente, la posibilidad de control jurisdiccional internacional -como lo hay nacional- de los actos de cualquier órgano del Estado. El compromiso internacional -y la consecuente responsabilidad- gravita sobre el Estado en su conjunto, no solamente sobre alguno de los órganos -como pudiera ser el Poder Ejecutivo- o alguno de sus planos - como pudiera ser el Estado federal en el supuesto de que exista un régimen de esta naturaleza. Finalmente, el acto del Estado mexicano que ahora invoco a título de referencia y sugerencia, aceptó la regla de reparación por los daños causados a partir de la conducta ilícita³⁷.

Es notorio que el Estado mexicano adquirió, en el marco de su propio ordenamiento, todos esos compromisos o deberes. Lo es, por obra del artículo 133 constitucional, que asigna a los tratados el carácter de ley suprema de la Unión. Pero resulta asimismo evidente la necesidad de que el país asuma en otras normas de ese ordenamiento -el Derecho estrictamente doméstico- las consecuencias de tales reconocimientos hechos en el plano internacional. Se trataría de la satisfacción de obligaciones adquiridas a la luz de la Convención Americana, por ejemplo, cuando el Estado parte acoge el deber de garantizar a las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades establecidos en ese instrumento y remover los obstáculos que existan

³⁷ Examino estos puntos, así como otras cuestiones conexas y relevantes, en mi libro *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana* (en prensa por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002).

para su ejercicio, disponiendo para ello todas las medidas necesarias: legislativas o de otra índole³⁸.

Estas consideraciones llevan en línea recta a advertir la conveniencia de que se puntualice en el más alto nivel normativo, esto es, en el nivel mismo de la Constitución General de la República: a) la jerarquía de los tratados internacionales, como ya se ha hecho en algunas leyes fundamentales, que incluso asignan un rango privilegiado a los instrumentos sobre derechos humanos; y b) la eficacia de las resoluciones jurisdiccionales de los órganos internacionales en los diversos ámbitos en que éstos pudieran operar, lo cual implica, naturalmente, la ejecución inmediata de esas resoluciones a la manera en que se da cumplimiento a otras determinaciones jurisdiccionales³⁹. Todo ello reaparece, como gran tema indispensable, en el proyecto de reforma al artículo 21 constitucional, de 2001, que adelante analizaré.

³⁸ Así, conforme a los artículos 1 y 2 de la citada Convención Americana. El artículo 1.1, bajo el epígrafe “Obligación de respetar los derechos”, señala: “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...” El artículo 2, con el rubro “Deber de adoptar disposiciones de Derecho interno”, indica: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

³⁹ Al respecto -en general-, cfr. mi artículo “El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en García Ramírez (coord.), *La jurisprudencia de la Corte Interamericana...*, cit., pp. 1127-1129 (Versión ampliada de mi intervención en el II Curso Interamericano “Sociedad civil y derechos humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 12 de noviembre del 2000).

Vayamos de nuevo al tema de la jurisdicción penal internacional, específicamente. No reiteraré lo antes dicho a este respecto: antecedentes y justificaciones. Unos y otras son bien conocidos en México, que comparte sustancialmente las justificaciones. Se ha querido que haya sanción, legítima y puntual, para los más graves crímenes que afectan bienes esenciales de la humanidad. Al pronunciarse en torno a las jurisdicciones históricas y a las existentes -éstas, las creadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas-, México ha insistido, con razón, en ciertos postulados de justicia penal internacional, que fueron esgrimidos por los representantes de nuestro país en los trabajos preparatorios del Estatuto de Roma. Podemos resumir esos postulados en los siguientes términos:

a) Preferencia de la jurisdicción nacional, como “juez natural” -un principio tradicional del debido proceso-, que no abdica de sus funciones y a la que no se desplaza de ellas⁴⁰; b) admisión de la responsabilidad penal internacional de carácter individual, sin perjuicio de otras responsabilidades de diverso carácter exigibles al Estado; c) definición precisa y previa de los delitos sometidos al conocimiento de la jurisdicción internacional, en la inteligencia de que debieran ser los más graves y trascendentales; d) definición de un procedimiento cierto, conforme a un

⁴⁰ Este principio de complementariedad o subsidiariedad de la jurisdicción internacional con respecto a la nacional, que mantiene su función primordial y preferente, constituye un rasgo destacado del Estatuto de Roma, que contribuye a justificar su adopción por los Estados. Otra cosa ocurre en los casos de los tribunales para la exYugoslavia y Ruanda; en éstos, es preferente y excluyente la jurisdicción internacional. El mismo principio de complementariedad rige en el sistema de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

sistema garantista, para exigir aquella responsabilidad: en otros términos, debido proceso legal; e) institución de un órgano jurisdiccional permanente, profesional, independiente e imparcial, con jurisdicción mundial; y f) consagración de aquellas definiciones tipificadoras y sancionadoras, de ese debido proceso y de esta jurisdicción en un tratado erigido sobre la voluntad coincidente de las naciones, no en las decisiones de cierto Estado o sólo de un órgano de la comunidad internacional.

Así las cosas, cuando se formalizó en Roma el Estatuto de la Corte Penal, México se abstuvo de votar y explicó los motivos de su abstención⁴¹. Este es un asunto ampliamente explorado. Entre esos motivos -que luego nutrirían las objeciones de un respetable sector de opinión a la firma del convenio- figuraron cuestiones constitucionales. De ellas me he ocupado en otros trabajos⁴². Sin embargo, es pertinente recordar aquí algunos puntos en los que hay diferencia o franca discrepancia entre disposiciones constitucionales -que

⁴¹ Al respecto, véanse las razones de México en los diversos trabajos citados en este artículo a propósito de la posición de nuestro país en Roma. Cfr., asimismo, de fecha inmediata posterior a la Conferencia Especializada, el artículo “México y la Corte Penal Internacional”, de Sergio González Gálvez, publicado en el diario *Reforma* del 12 de agosto de 1998, p. 12; del propio González Gálvez, “México y la Corte Penal . Internacional”, en *Revista Mexicana de Política Exterior* (México) (Nueva época), nos. 55-56, febrero 1999, pp. 44 y ss.

⁴² Cfr. García Ramírez, “Justicia penal internacional (Comentario sobre la Corte Penal Internacional)”, en *Criminalia*, México, año LXXVI, núm. 3, septiembre-diciembre 2000, pp. 183 y ss.; *El Foro*, México, duodécima época, t. XIV, núm. 1, primer semestre 2001, pp. 1 y ss., y *Ruptura* (Quito, Ecuador), t. I, año 2000, núm. 43, pp. 27 y ss. Las observaciones en puntos de constitucionalidad pueden verse en los estudios de González Gálvez citados en este artículo (*sub* notas 37, 48, 49, 50-52 y 62), así como en los trabajos de José Humberto Castro Villalobos y Joaquín González Casanova sobre “Análisis de compatibilidad entre el Estatuto de Roma y las Constituciones. El caso

para nosotros tienen el más elevado rango en la pirámide normativa-, o bien, normas secundarias⁴³, por una parte, y estipulaciones del Estatuto de Roma, por la otra.

Una amplia relación de posibles desacuerdos abarca: a) defectuosa formulación de tipos penales; b) probable operación del criterio de analogía para integrar delitos; c) facultades de la Corte Internacional para apreciar la gravedad de los delitos y, por lo tanto, la procedencia de

mexicano y la experiencia comparada”, en Corcuera y Guevara (comps.), *Justicia penal...*, cit., pp. 213 y ss.

⁴³ Además de los desacuerdos normativos, hay ciertos vacíos o lagunas legislativas, que habría que colmar a la hora de ratificar el Estatuto, en su caso. No me ocuparé de esto, *in extenso*, pero conviene mencionar desde luego la carencia de diversos tipos penales en la legislación vigente en México, tipos que se hallan previstos -con técnica discutible, en muchos casos- en el Estatuto de Roma. Se suele subrayar este problema a propósito de la legislación penal militar, que aún no ha incorporado las figuras delictivas previstas en los Convenios de Ginebra, no obstante que México es Estado parte en éstos: Convenio (I) para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña (artículos 49 y 50), Convenio (II) para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, Convenio (III) relativo al trato a los prisioneros de guerra (artículos 129 y 130), y Convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempos de guerra (artículos 146 y 147). Si se incurriera en alguno de estos delitos sin contar con la legislación nacional adecuada para enjuiciarlos, la controversia se trasladaría inmediatamente a la Corte Penal Internacional, sin oportunidad para que operase la justicia mexicana. Sin embargo, hay que explorar la posibilidad de que los jueces (ordinarios) nacionales apliquen directamente los tratados de Derecho humanitario, con sujeción a lo dispuesto en el artículo 6 del Código Penal Federal: “Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y, en su caso, las conducentes del libro segundo”. Dentro de esta posibilidad -que debe ser examinada- podría surgir también la competencia de los órganos de la justicia militar mexicana, merced al artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, que asigna carácter militar a los delitos del orden federal cuando en su comisión participen militares en los términos de los incisos a) a e) de dicha fracción. Los delitos previstos en un tratado internacional son de naturaleza federal, si se atiende a lo dispuesto por el artículo 50, fracción I, inciso a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

su propio conocimiento jurisdiccional; d) características de los llamados “elementos del crimen”, cuya naturaleza sigue siendo controvertida⁴⁴ y de los que depende la solución de algunos de los puntos más preocupantes del sistema⁴⁵; e) regulación de las penas, sobre todo en lo que respecta al rango normativo de las estipulaciones que las previenen, a su adecuación a las conductas punibles -individualización normativa, previa a la judicial-, y a la privación de libertad en la especie de reclusión perpetua, sobre la que ya se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia⁴⁶; f) más de un juzgamiento por los mismos hechos y en contra de la misma persona: exclusión del principio *ne bis in idem*

⁴⁴ ¿Son o no son elementos del tipo penal? De serlo, las descripciones típicas provendrían del Estatuto mismo y de los mencionados elementos, que no tienen la misma jerarquía normativa que aquéllos. Cherif Bassiouni ha sostenido que “no suponen una enmienda del Estatuto ni complementan la definición de los crímenes actualmente contenida en los artículos 6, 7 y 8. Son meramente elementos de carácter indicativo para la Corte relativos a aquello que será preciso probar respecto de los crímenes”. “Nota explicativa...”, en *Revue Internationale de Droit Pénal*, cit., p. 13. Fernández Doblado comenta que la cláusula sobre elementos del crimen ha sido “muy criticada (y) va a tener el efecto de retrasar la vigencia del estatuto, pues difícilmente puede haber un país que ratifique un estatuto que debe aún definir y aprobar elementos adicionales para tipificar los crímenes, competencia de una corte penal”. “Tribunal Penal...”, en *Criminalia*, cit., p. 228.

⁴⁵ Tal es, obviamente, la hipótesis de la desaparición forzada. A este respecto, ni el texto del Estatuto ni los elementos del crimen proporcionan la solución deseada por algunos. De ahí que se llegara a la adición de una “nota de pie de página”, número 24, a los elementos del crimen correspondientes al delito de lesa humanidad de desaparición forzada de personas. Esta nota, que pretende resolver por sí misma cuestiones fundamentales de la competencia material y temporal de la Corte, indica: “El crimen será de la competencia de la Corte únicamente si el ataque indicado en los elementos 7 y 8 se produjo después de la entrada en vigor del Estatuto”.

⁴⁶ Así, en las Tesis P./J. 125/2001, 126/2001 y 127/2001, derivadas de la Contradicción de tesis 11/2001, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito, 2 de octubre de 2001, mayoría de seis votos, en *Gaceta del SJF*, octubre de 2001. El epígrafe de la primera tesis mencionada

(problema que acaso se podría resolver o mitigar si se crea una “revisión forzosa de salvaguarda” ante la más alta jurisdicción nacional para aquellos casos en que pudiera interesarse la competencia del tribunal penal internacional); g) inicio del procedimiento por decisión oficiosa del fiscal o previa delación; h) extensa aplicación del principio de oportunidad persecutoria, en detrimento de la regla de legalidad; i) desplazamiento de las autoridades locales en la investigación, la persecución y el procesamiento; j) desatención al sistema local de inmunidades constitucionales; k) no identificación del acusador; l) modificación del principio de defensa necesaria; m) reserva sobre elementos de prueba; n) régimen especial sobre libertad provisional; o) entrega de procesados o sentenciados; p) imprescriptibilidad; q) posible retención del detenido cuando la detención excede al tiempo correspondiente a la sanción impuesta; y r) abono facultativo de la detención a la pena misma.

Desde luego, es necesario examinar con el detalle pertinente cada una de estas cuestiones, como lo es analizar las restantes observaciones críticas formuladas en la circunstancia de la abstención mexicana en Roma, que se relacionan con los tradicionales puntos de vista de nuestro país -que comparto- a propósito de la actuación deseable de los órganos de las Naciones Unidas, la injerencia del Consejo de Seguridad en la

aparece como sigue: “Extradición. La pena de prisión vitalicia constituye una pena inusitada prohibida por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que para que se tramite aquella, el Estado solicitante debe comprometerse a no aplicarla o a imponer una menor que fije su legislación”.

marcha del procesamiento⁴⁷, el temor a la “politización” del tribunal⁴⁸ y el tema de las armas nucleares⁴⁹. Sin entrar en este examen, admitamos que

⁴⁷ El Consejo tiene facultades para promover el enjuiciamiento y para detenerlo en forma que pudiera resultar definitiva, o al menos indefinida (artículo 16). Por otra parte, en la posición mexicana y por lo que toca al “juego general” entre los órganos de Naciones Unidas ha campeado la Resolución sobre Unidad de Acción a favor de la Paz, aprobada por la Asamblea General en 1950, que entraña una “nueva norma sobre seguridad colectiva”, en términos del profesor Jorge Castañeda de la Rosa: si el Consejo de Seguridad no cumple su función primordial de mantener la paz y la seguridad, por falta de acuerdo entre sus miembros permanentes, la Asamblea General debe asumir el tema, examinarlo y adoptar las recomendaciones del caso. Cfr. González Gálvez, “La Corte Penal...”, en Corcuera y Guevara (comps.), *Justicia penal...*, cit., p. 18. La pertinencia de dar atribuciones a la Asamblea General, en el contexto del Estatuto de Roma, fue planteada enfáticamente por la Delegación mexicana en la Conferencia de Roma. Cfr. “Intervención del Embajador Sergio González Gálvez, representante de México en la Conferencia Plenipotenciaria para crear una Corte Penal Internacional”, en González Gálvez, *La Corte Penal Internacional, el uso de las armas convencionales y la injerencia...*, cit., pp. 201-203.

⁴⁸ El interés de México -escribió González Gálvez- “es lograr un Tribunal Penal Internacional que garantice la aplicación sin discriminación alguna del imperio del derecho; en consecuencia, México resistirá cualquier intento de politizar esa instancia judicial a fin de evitar que pueda convertirse en un tribunal dependiente de un órgano descarnadamente político, como es el Consejo de Seguridad, o para juzgar sólo a nacionales de países en desarrollo”. “México y la Corte...”, en *Revista Mexicana de Política Exterior*, cit., p. 67.

⁴⁹ Esta materia se ha razonado invocando tanto la Resolución 1653 de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre ilegalidad del empleo de armas nucleares, como la Opinión Consultiva del Tribunal Internacional de Justicia, del 8 de julio de 1996, adversa al uso o a la amenaza de empleo de esas armas. Cfr. González Gálvez, “La Corte Penal...”, en Corcuera y Guevara (comps.), *Justicia penal...*, cit., pp. 19-20. Sin embargo, conviene recordar que el tribunal dejó abierta la puerta para esas amenaza o empleo en casos extremos de autodefensa, si se encuentra en riesgo la supervivencia misma de un Estado. Así, aunque “the threat or use of nuclear weapons would generally be contrary to the rules of international law applicable in armed conflict, and in particular the principles and rules of humanitarian law. However, in view of current state of international law, and of the elements of fact at its disposal, the Court cannot conclude definitively whether the threat or use of nuclear weapons would be lawful or unlawful in an extreme circumstance of self-defence, in which the very survival of a State would be at stake”. La votación de este punto

existe contradicción entre normas constitucionales y disposiciones del Estatuto.

Ahora bien, la Constitución no es un ordenamiento petrificado, incommovible. Nuestra historia constitucional -aplaudida o combatida- acredita justamente lo contrario: varios centenares de modificaciones muestran la reformabilidad constitucional, no sólo a la luz de las normas que la permiten, como es obvio, sino bajo el apremio de renovadas circunstancias. Se ha visto, de tal suerte, que la Constitución no es ni debe ser un dique opuesto al progreso, a la libertad, a la justicia, sino un factor para que haya justicia, libertad y progreso en el marco de las decisiones políticas fundamentales que anuncian y procuran, precisamente, el alcance de tales objetivos. Y esto debe ponderarse conforme a las condiciones de la vida social, sujetas a constante desarrollo. Por supuesto, convengo en que existen -han existido siempre- versiones distintas acerca del significado específico de aquellos valores en cada circunstancia. Habrá que estudiar, casuísticamente, la compatibilidad de las disposiciones del Estatuto con las decisiones políticas fundamentales de la nación mexicana, especialmente las que pudieran poseer el rango de “cláusulas pétreas”.

Dicho en otras palabras, lo que corresponde no es precisar si existe o no contradicción con el texto constitucional -la hay, obviamente-, sino la forma en

fue de 7-7, con el voto de calidad del Presidente, a favor de la resolución transcrita. Al ratificar la Convención, Francia hizo notar que las prohibición contenida en el artículo 8 del Estatuto, y especialmente la recogida en el párrafo 2b) no implican prohibición para el eventual empleo del arma nuclear u otras armas necesarias “para el ejercicio, por parte de Francia, de su derecho natural de legítima defensa...” (I. Déclaration interpretative de la France, 2)

que esa contradicción debiera resolverse. Sabemos, fuera de dudas, que debemos atenernos al mandamiento constitucional. Pero también sabemos que el *dictum* constitucional puede modificarse y se ha modificado en centenares de ocasiones. El texto de hoy no es, necesariamente, el de 1917, y ni siquiera es, por fuerza, el de hace treinta, veinte o diez años. En consecuencia, lo que verdaderamente importa es precisar, a través de una profunda reflexión y un laborioso consenso, cuál es la solución preferible -la que sirve mejor los superiores intereses de la nación y los valores que ésta sostiene- en determinados puntos controvertidos. Si debe prevalecer el *dictum* constitucional de hoy, que prevalezca. Si debe cambiar, que cambie. Finalmente, la condición para esto último sería que el cambio no traiga menoscabo de los principios esenciales que articulan el constitucionalismo mexicano, sino fortalecimiento de ellos.

Si llegamos a la conclusión -que es la primordial, condicionante para cualquier desarrollo posterior- de que debe existir una jurisdicción penal internacional y de que el Estatuto de Roma constituye, pese a todos sus defectos, una fórmula admisible para establecerla, habrá que ingresar en la segunda cuestión, mucho menos compleja a pesar de todas sus asperezas: cómo acoger esa novedad en el texto constitucional. Si concluimos, por el contrario, que no debe existir aquella jurisdicción o que la fórmula del Estatuto es inaceptable, no tendrá caso entrar al capítulo de la reforma constitucional. Saldremos de este problema -a cambio de que otros acudan- y nos atendremos a las consecuencias.

4. Alternativas para la Reforma Constitucional

Cuando se inició el estudio de esta cuestión, e inclusive antes de entonces -desde que se examinó la pertinencia de reformar primero la Constitución y sólo después suscribir el Estatuto-, quedaron a la vista algunas posibilidades naturales. Una de ellas implicaría asumir en bloque el Estatuto de Roma, como lo hizo Francia, con una expresión opinable, en el nuevo artículo 53.2 de su Constitución⁵⁰. Otra posibilidad estribaría en la reforma de todos y cada uno de los artículos de la Constitución que pudieran representar un obstáculo para la ratificación del convenio. Como es fácil advertir, esto llevaría a un amplio conjunto de modificaciones y desencadenaría un no menos amplio número de problemas.

Podemos llegar al resultado apetecido por otra vía, es decir, sin pretender -porque no es necesario, y tampoco aconsejable- que la Constitución recoja un “catálogo abreviado” de los temas críticos del Estatuto de Roma. En no pocas ocasiones hemos abonado el estilo “reglamentario” de la Constitución. Hay motivos históricos -que afloraron poderosamente en el Congreso de 1916-1917- para utilizar esta técnica⁵¹. Sin embargo,

⁵⁰ El nuevo artículo 53.2 de la Constitución dispone: “La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas por el tratado firmado el 18 de julio de 1998”. Este reconocimiento entraña serios problemas para el caso de que se reforme el Estatuto; en efecto, ya no se trataría precisamente de las condiciones previstas en el tratado suscrito en aquella fecha. La reforma de la Constitución francesa obedeció a la Decisión No. 98-408 DC, del 22 de enero de 1999, emitida por el Consejo Constitucional a solicitud del Presidente de la República y el Primer Ministro.

⁵¹ Cfr. García Ramírez, “Raíz y horizonte de los derechos ‘sociales’ en la Constitución Mexicana”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 98-99.

no siempre es necesaria, y tal vez no lo sea en el presente caso. Ahora podemos dejar a la Constitución lo que es, característicamente, materia constitucional, y a la legislación secundaria lo que corresponde, también característicamente, a la reglamentación del texto constitucional. Esto nos lleva a una tercera posibilidad, que algunos patrocinan. Se trataría de concentrar las reformas en un solo precepto -el más adecuado para alojarlas- o en un número muy reducido de artículos, si esto se estimase verdaderamente indispensable. Si se trata de atender un punto verdaderamente excepcional: los delitos que caen bajo la jurisdicción penal internacional, como complementaria de la nacional (pero también otros casos de conocimiento internacional que, *mutatis mutandi*, pudieran verse comprendidos por la misma lógica) corresponde aportar una solución también excepcional: una sola norma, no la “revisión integral de la ley suprema” para acomodarla al Estatuto de Roma.

En este punto, antes de considerar el proyecto planteado al Constituyente Permanente, hay que tomar en cuenta un tema adicional de la reforma, cuestión de superlativa importancia, que no figuró en las consideraciones iniciales pero debe pesar en las consideraciones finales. Ya lo he traído a colación en este ensayo. Me refiero a la pertinencia de poner al día la Constitución de la República no sólo en lo que pudiera corresponder a la jurisdicción penal internacional, sino además -y sobre todo- en lo que respecta a la admisión de las otras jurisdicciones en las que México ya participa. El enorme esfuerzo que representa una reforma constitucional en este ámbito delicado, debiera servir también para resolver los problemas que

ya tenemos al frente. El panorama completo va más allá de la Corte Penal. Comprende, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para nosotros, aquélla se halla en el futuro -por ahora-, pero éstas se encuentran en el presente. Esta preocupación se refleja en el proyecto de reforma al artículo 21.

En mi concepto, la ratificación del Estatuto de Roma -que sólo será practicable cuando exista la norma constitucional que lo permita, tema que abajo estudiaré- debe contar con un gran consenso nacional. No aludo solamente al consenso entre poderes de la Unión, que es el “diálogo de los poderosos para la distribución del poder”, como pudiera verse en la pretendida reforma del Estado; ni exclusivamente al entendimiento entre las fuerzas políticas representadas en el Congreso de la Unión y en las Legislaturas estatales -cuyo conjunto compone el Constituyente Permanente-, sino a un verdadero consenso amplio que incorpore a otros agentes de la vida social, con posibilidad y derecho a opinar y a ser escuchados.

Es verdad que la Constitución mexicana previene, como es habitual en los textos de su naturaleza, un procedimiento de reforma que no entraña unanimidad. Bastaría con el voto de la mayoría calificada, en el caso del Congreso, y de la mayoría absoluta, en lo que respecta a la etapa a cargo de las Legislaturas estatales. Empero, aquí se requiere mucho más que esa composición numérica, a la que no niego virtud democrática. Es preciso que haya la más amplia voluntad, por encima de los números parlamentarios, para que todos los puntos de vista sectoriales coincidan en expresiones

que reflejen, de veras, el interés nacional. Un eje de este interés es la política internacional. Sería lamentable que el saldo de la reforma, una vez computados los votos, fuese un motivo de tensión y división agregado a los muchos otros que nos asedian. No deseo que en el futuro algunos mexicanos inculpen a otros por “proteger a los responsables de los más graves delitos”, y tampoco deseo que se esgriman esas inculpaciones, desde la trinchera opuesta, por “haber puesto de lado la soberanía de la nación”.

5. Proyecto de reforma al artículo 21 constitucional

El 30 de noviembre del 2001 se presentó al Constituyente Permanente, por conducto del Senado de la República, una iniciativa de reformas al artículo 21 constitucional. Me propongo analizar enseguida los aspectos principales de esa propuesta, como fueron abordados en la correspondiente exposición de motivos, y agregar comentarios sobre la circunstancia del proyecto y las características y consecuencias de los textos planteados al Poder Revisor, que se hallan, por ahora, sujetos al examen de la Cámara de Senadores. Veamos primero la exposición de motivos.

En ese documento, que reviste notable importancia y es suficientemente explícito con respecto a diversos temas conectados con la propuesta -pero no con todos-, se alude a principios constitucionales de la política exterior mexicana, y a continuación se manifiesta que “en este marco (el de esos principios), México está comprometido a conciliar su orden

normativo interno con el derecho internacional que, a través de los instrumentos de los que nuestro país sea parte, promueva esos principios”. La aseveración tiene sustento. Sin embargo, también trae consigo, implícita, una cuestión que aún no se halla resuelta, en modo alguno, por la opinión prevaleciente: me refiero a la prevalencia del Derecho internacional sobre el Derecho interno. En la línea de ideas que prevalece en aquel documento, el Estado debe acoger en la ley fundamental las novedades que aporte el Derecho internacional, no condicionar su participación en éste a las estipulaciones de la ley suprema.

Mejor hubiera sido razonar el tema a la luz de un concepto diferente: ¿qué medida conviene más a la tutela del ser humano y, consecuentemente, a la decisión política fundamental a propósito de esa protección? Si se sirve mejor a través de la admisión del orden internacional, enhorabuena que éste ingrese en el orden interno; si ocurre lo contrario, hay que conservar las fórmulas nacionales vigentes. Esto sirve cabalmente al principio de protección integral, expansiva e irreductible de los derechos humanos.

La disyuntiva a la que me referí se refleja claramente en la Constitución de Venezuela, que resuelve el punto en los siguientes términos: “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 la ley de la República (glosemos: *contrario sensu*, si la ventaja se localiza en la legislación nacional, ésta

prevalecerá), y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del poder público” (artículo 23).

Igualmente, esa concepción y esa solución se hallan en las reglas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -que a su turno coincide con la corriente internacional y asume las consecuencias del principio *pro homine*-, sobre todo cuando ese instrumento señala que sus prevenciones no pueden ser interpretadas en el sentido de “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 [...] (artículo 29, b), ni, más todavía, “excluir otros derechos o garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno” (*id.*, c)

A continuación se menciona que, “en congruencia con lo anterior”, México ha aceptado la competencia obligatoria de ciertos órganos jurisdiccionales. En primer término, se invoca la admisión jurisdiccional de la Corte Internacional de Justicia, que operó en 1947, es decir, antes de la recepción de los principios de política internacional mexicana en el artículo 89, fracción X, que sólo ocurrió por reforma de 1988. Difícilmente se podría decir que esa admisión cuenta ya con los instrumentos de Derecho interno que le ofrezcan eficacia completa; si los hubiera, no parecería necesario promover, como hoy se está haciendo, la reforma de la ley suprema.

Hay que considerar, por otra parte, que México aceptó la jurisdicción internacional de la Corte de La Haya con expresión de ciertas modalidades que limitan

-o pueden hacerlo- el ámbito de la competencia material. En la especie se trata de resolver controversias entre Estados, no entre éstos y personas físicas. Aquella limitación es similar a la que previamente habían formulado los Estados Unidos de América. México advirtió que la admisión citada se hacía bajo condición de estricta reciprocidad y sin abarcar asuntos que interesaran el ámbito de la jurisdicción interna⁵². Esta no es, digámoslo desde luego, la tesis que inspira la iniciativa de reformas de 2001, y tampoco tiene acogida en la más reciente jurisprudencia interamericana⁵³.

En este mismo orden de consideraciones, se menciona en segundo término la aceptación mexicana de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobada por el

⁵² La declaración mexicana se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 23 de octubre de 1947. En ella se sostuvo que para el Estado “no es aplicable (la jurisdicción internacional) a aquellas controversias emanadas de asuntos que, en opinión del Gobierno de México, sean de jurisdicción interna de los Estados Unidos Mexicanos”. La declaración de los Estados Unidos de América es del 26 de agosto de 1946.

⁵³ Al adherirse a la Convención Americana, con fecha 3 de abril de 1991 (instrumento depositado el 28 de mayo siguiente) Trinidad y Tobago formuló una reserva: “con respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. La Corte consideró ineficaz esa declaración o reserva, “por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención”. *Casos Hilaire, Constantine y otros, y Benjamin y otros, Excepciones preliminares, Sentencias de 1 de septiembre de 2001*. Cfr. mi voto concurrente a las sentencias, en “Cuestiones ante la jurisdicción...”, en *Cuadernos Procesales, cit.*, pp. 39-41.

Senado en 1998 -sin perjuicio de que fuera dudosa, por lo menos, la necesidad de someter a esa Cámara la activación de la cláusula facultativa⁵⁴- y vigente en 1999. La aceptación de nuestro país, cuyas consecuencias no han sido suficientemente examinadas, se hizo en forma incondicional y por tiempo indefinido⁵⁵. Esto significa, según la propia jurisprudencia de la Corte, establecida en varios casos notables relacionados con el Perú⁵⁶, que no se agotaría la vinculación del Estado a esa jurisdicción contenciosa por medio de algún acto unilateral de aquél, salvo que se tratase de la denuncia de la Convención, acto que tiene efectos mucho mayores que la mera sustracción al juicio del tribunal interamericano.

La exposición de motivos recuerda que a partir de 1990, diecisiete Estados se han sumado al número de los que ya reconocían la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia, y veintiuno reconocen la correspondiente a la Corte Interamericana. Lo primero aún no abarca a la mayoría de los Estados de la

⁵⁴ La opinión del Ejecutivo sobre este punto se halla en el "Memorandum de antecedentes (Declaración de Reconocimiento de la Jurisdicción Obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", que se puede consultar en Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2ª. ed., 1999, p. 42.

⁵⁵ Empero, con una salvedad y una precisión: a) no se admite la jurisdicción contenciosa de la Corte en los casos derivados de la aplicación del artículo 33 constitucional, y b) la admisión se refiere a los hechos o actos jurídicos posteriores a la fecha de depósito de la declaración, que no tiene efectos retroactivos.

⁵⁶ Cfr. las *Sentencias sobre competencia* dictadas en los *Casos Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional*, ambas del 27 de septiembre de 1999, en el *Informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 1999*, San José, Costa Rica, 2000, pp. 25 y 371 y ss.

comunidad jurídica internacional; lo segundo, en cambio, comprende la mayoría de los Estados de América, con salvedades notables, que en nada contribuyen al carácter necesariamente universal -regional, en la especie- del sistema tutelar de los derechos⁵⁷.

El documento que ahora examino añade que México ha recurrido a los dos tribunales mencionados en solicitud de opiniones consultivas, con resultados favorables para las tesis aducidas por nuestro país. Aquello -la comparecencia ante el Tribunal de La Haya- se produjo cuando México apoyó la instancia de la Asamblea General de Naciones Unidas para requerir la opinión consultiva del tribunal a propósito de la legalidad del uso o la amenaza del uso de armas nucleares. Ciertamente, el tribunal resolvió, por amplia mayoría de votos, la ilegalidad internacional de esas conductas, pero también dejó abierta la posibilidad de aplicar tales armas en casos excepcionales de legítima defensa⁵⁸. Esta salvedad ha suscitado observaciones encontradas.

Asimismo, México solicitó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 9 de diciembre de 1997, una opinión consultiva sobre el derecho a la asistencia consular como parte del debido proceso legal en casos que entrañan condena a pena de muerte. En tal virtud, la Corte Interamericana expidió la *Opinión Consultiva*

⁵⁷ Hasta abril del 2002, han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte: Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela.

⁵⁸ V. *supra*, n. 52.

OC/16, del 1 de octubre de 1999⁵⁹. En ésta se acogen favorablemente los planteamientos del solicitante -además de otras consideraciones-, con los que coincidió la casi totalidad de los puntos de vista expresados en el curso de las audiencias celebradas para escuchar posiciones de gobiernos y de amigos de la curia.

Luego de citar estos hechos y razonamientos, la exposición de motivos sostiene que si la comunidad internacional ha aceptado la jurisdicción de los mencionados tribunales internacionales para aplicar normas de este orden jurídico, es preciso, por una parte, reconocer su competencia, y por la otra, reconocer el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias. Al referirse al tercer párrafo del proyecto de reformas -que abajo examinaré-, el documento del Ejecutivo advierte que “el reconocimiento de competencia de tribunales internacionales sería nugatorio si no viene acompañado de la adopción de medidas que permitan ejecutar, de manera eficaz, sus decisiones”. Trátase, por supuesto, de observaciones fundadas. Y en este punto hay que destacar nuevamente un rasgo sustancial de la propuesta: no se limita al supuesto de la Corte Penal Internacional, como lo hizo, por ejemplo, la reforma

⁵⁹ CIDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*. Serie A No. 16. Existe una edición mexicana, con prólogo de Héctor Fix-Zamudio y transcripción de la intervención del embajador Sergio González Gálvez (que analizó la posición del Estado mexicano) en la audiencia del 12 de junio de 1998, así como los *Votos concurrentes* de los jueces Antônio Cançado Trindade y Sergio García Ramírez; *Opinión Consultiva OC-16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 1º de octubre de 1999 solicitada por el Gobierno de México sobre el tema “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”*, México, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2001.

mencionada constitucional francesa⁶⁰; más que esto, se dirige a cualesquiera tribunales del orden internacional.

Dice luego la exposición de motivos que ha habido avance y perfeccionamiento en el campo de los derechos humanos, “como resultado del creciente reconocimiento de que este campo ha dejado de pertenecer de manera exclusiva a la jurisdicción interna de los Estados”. Es verdad -y en este sentido se pronuncia la corriente dominante del Derecho internacional moderno- que el individuo ha adquirido calidad de sujeto del Derecho internacional y que el tema de los derechos humanos se ha convertido en capítulo sobresaliente del Derecho de gentes. Todo ello ha ocurrido principalmente, aunque no exclusivamente, en la Segunda Postguerra, con el impulso de la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Ahora bien, la indudable trascendencia de los derechos humanos del plano doméstico al sistema internacional, ocurre conforme a las normas incorporadas a éste como producto de un esfuerzo convencional que ha ganado amplísimo terreno⁶¹.

En la misma línea de pensamiento, la exposición invoca nuevos instrumentos que, sin perjuicio de la responsabilidad internacional de los Estados, permiten juzgar a individuos por violaciones graves de los derechos humanos. Existe, en efecto, ese deslinde: por una parte, la responsabilidad internacional de los Esta-

⁶⁰ *Supra*, n. 53.

⁶¹ Sobre este punto, la bibliografía es particularmente abundante. Me remito a las consideraciones que hago acerca de esta materia en *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*, cit. *supra* n. 39.

dos por la conducta de sus órganos o agentes -e incluso de otras personas vinculadas a ellos-, y por otra parte, la responsabilidad individual de esos sujetos por el comportamiento desarrollado. Aquélla surge en el foro de los tribunales de derechos humanos, que no son instancias penales, aunque se hallen dotados de potestades sancionadoras. La segunda aparece en el espacio de los tribunales penales internacionales, que sujetan a juicio a personas físicas, como lo haría la justicia penal doméstica, conocen de los delitos atribuidos y resuelven las sanciones -de carácter específicamente penal- que corresponde aplicarles. Tales son los tribunales constituidos por el Consejo de Seguridad -siempre objetados por México- para el enjuiciamiento por crímenes perpetrados en la exYugoslavia y en Ruanda.

La exposición hace ver que al suscribir el Estatuto de Roma -acto que se realizó el 7 de septiembre del 2000, en Nueva York, a dos años de la Conferencia de Roma, en la que México se abstuvo de votar- nuestro país observó que suscribía el instrumento “porque los principios que sustentan esta iniciativa -la de carácter internacional- son convicciones esenciales de la nación mexicana. Lo hace igualmente -destacó en seguida- como un reconocimiento a la culminación del esfuerzo internacional que garantice la protección de los derechos humanos y la lucha contra la impunidad en el caso de violaciones de lesa humanidad”.

En la exposición que ahora analizo se creyó conveniente invocar la autoridad de algunos documentos políticos internos. Así, primero, el *Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006*, y luego, el *Acuerdo*

Político para el Desarrollo Nacional, firmado el 7 de octubre del 2001, “mismo que ha sido ratificado por las Mesas Directivas de ambas Cámaras del Congreso de la Unión”. No sobra decir que el Plan Nacional de Desarrollo es un acto del Ejecutivo, que por sí mismo no obliga fuera de la Administración Pública, y menos aún compromete reformas constitucionales⁶². A su vez, el citado Acuerdo Político reviste igualmente ese carácter, pero no podría invocarse como fuente de compromisos jurídicos -otra cosa son las intenciones políticas o éticas- que necesariamente se traduzcan en nuevos textos constitucionales. La mencionada “ratificación” del Acuerdo Político por las Mesas Directivas de ambas Cámaras difícilmente podría ser vista como parte de un acuerdo legislativo puntual que traiga consigo cambios específicos en normas constitucionales.

Con fundamento en los hechos y razonamientos hasta aquí reunidos por la exposición de motivos, ésta apunta un par de consecuencias: primero, México está en condiciones de ratificar instrumentos que ya se han sometido al Senado; y segundo, es necesaria una reforma constitucional “para asegurar la plena aplicación de algunos instrumentos y la posibilidad de ratificar otros”. Es verdad que nuestro país está en condiciones de ratificar aquellos instrumentos -como en

⁶² El artículo 26 constitucional se refiere al sistema de planeación democrática, que cuenta con la correspondiente legislación reglamentaria. El segundo párrafo *in fine* de aquel precepto señala: “Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal”.

efecto se hizo, en varios casos, al final del año 2001⁶³-,

⁶³ La referencia atañe -en lo fundamental- a los siguientes instrumentos: a) Convención Americana sobre desaparición forzada de personas (1994), con reserva expresa al artículo IX, porque la Constitución reconoce el fuero de guerra, que no es tribunal especial en el sentido de la Convención (aprobación: 10-XII-2001); b) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los delitos de lesa humanidad (Naciones Unidas, 1968), con declaración interpretativa que se sustenta en el artículo 14 constitucional: el Estado “únicamente considerará imprescriptibles los crímenes que consagra la Convención, cometidos con posterioridad a su entrada en vigor en México” (aprob.: 10-XII-2001); c) Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño en los conflictos armados (Naciones Unidas, 2000), con declaración interpretativa: “la responsabilidad que pueda derivar para los grupos armados no gubernamentales por el reclutamiento de menores de 18 años de edad o su utilización en hostilidades, corresponde exclusivamente a dichos grupos y no será aplicable al Estado como tal, en que tendrá obligación de aplicar, en todo momento, los principios que rigen al derecho internacional humanitario” (aprob.: 11-XII-2001); d) Protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (Naciones Unidas, 2000) (aprob.: 10-XII-2001); e) Enmiendas a los artículos 17(7) y 18(5) de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Naciones Unidas, 1992) (aprob.: 10-XII-2001); f) Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1996), que faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir comunicaciones individuales (aprob.: 4-XII-2001); g) Declaración para el reconocimiento de la competencia del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (artículo 8 de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Naciones Unidas, 1965), que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de personas o grupos de personas (aprob.: 24-XII-2001); Declaración para el reconocimiento de la competencia del Comité contra la tortura (artículo 17 de la Convención contra la Tortura, Naciones Unidas, 1984); Protocolo facultativo de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Naciones Unidas, 1999) (aprob.: 14-XII-2001); Retiro parcial de las declaraciones interpretativas y de la reserva que el Gobierno de México formuló al párrafo 3 del artículo 12 y al párrafo 2 del artículo 23, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, relativa al voto activo de los ministros del culto y a los actos religiosos de culto público fuera de los templos (aprob.: 10-XII-2001); Retiro parcial de las reservas que el Gobierno de México formuló al artículo 25, inciso B), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Naciones Unidas, 1966), acerca del voto activo de los ministros del culto (aprob.: 4-XII-2001); Protocolo de firma facultativa sobre jurisdicción obligatoria para la solución de controversias de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares

y también lo es que se requiere una reforma constitucional para alcanzar los objetivos que la segunda afirmación enuncia. Al hacer esto último, parecen quedar a la vista las debilidades o insuficiencias de algunos actos jurídicos ya realizados, es decir, los obstáculos con los que pudiera tropezar o los vacíos que pudiera encontrar a su paso la plena operación de instrumentos cuyo cumplimiento vincula a nuestro país.

Vayamos ahora a los textos normativos que contiene la reforma constitucional propuesta el 30 de noviembre de 2001. Al llegar a este punto, la exposición de motivos manifiesta que si se aprueba aquélla, el Ejecutivo enviará al Senado, para ratificación, el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Pudiera resultar obvia esta secuencia: ante todo, la base constitucional, y sólo después la incorporación del instrumento internacional en el Derecho nacional. No obstante, es plausible -jurídica y políticamente- que se haya establecido este orden, tomando en cuenta que en alguna ocasión se han presentado al Congreso, de manera simultánea, la propuesta de cambio constitucional y la iniciativa de legislación reglamentaria de aquél, que apenas se estaba promoviendo⁶⁴.

(1963) (aprob.: 4-XII-2001); y Constitución de la Organización Internacional para las Migraciones (en vigor el 30-XII-1954) (aprob.: 29-XII-2001).

⁶⁴ Este erróneo método se siguió en la no menos errónea adopción de normas sobre delincuencia organizada: la iniciativa de reforma constitucional y la correspondiente a la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada fueron presentadas en la misma fecha, 18 de marzo de 1996. Al respecto, cfr. mi libro *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México/Ed. Porrúa, 2ª. ed.. (3ª. en prensa), 2000, p. 91.

En la misma circunstancia, la exposición sostiene que la “ratificación (el Estatuto) constituiría una muestra clara de apoyo a la vigencia del derecho internacional y de rechazo absoluto a los graves crímenes que son competencia de la Corte”. Esto último es cierto, indudablemente. Aquello puede ser mirado con ojos más agudos, que lean entre líneas: no faltará quien considere que no sólo habría una “muestra clara de apoyo a la vigencia del derecho internacional”, sino también de preponderancia de éste: no en balde se ha reformado la Constitución para incorporar el Estatuto en los términos del artículo 133 constitucional y a despecho de otros preceptos que no son compatibles con aquel instrumento; por ende, la norma del Derecho de gentes determina el rumbo de la norma del Derecho interno. A tal respecto, insisto en la consideración que antes enuncié: el tema se resuelve a la luz de conceptos que informan el orden jurídico en su conjunto, sin necesidad de ingresar en el espinoso tema de la jerarquía entre los ordenamientos constitucional e internacional. Sea de esto lo que fuere, es también evidente que la jerarquía normativa, conforme al Derecho mexicano, seguiría siendo la que sostiene el artículo 133 constitucional: la Constitución predomina.

Como he dicho, la iniciativa de noviembre propone cambios -bajo la forma de adiciones- al artículo 21 constitucional, un precepto reformado previamente en tres ocasiones: 1982, 1994 y 1996⁶⁵. Esta vez la idea de

⁶⁵ En 1982, para modificar -en forma racional y con mayor benevolencia- el sistema de faltas a reglamentos de policía y gobierno; en 1994, sobre impugnación en vía jurisdiccional del no ejercicio de la acción penal o el desistimiento de ésta, y acerca del sistema nacional de seguridad pública; y en 1999 -en una enmienda verdaderamente

modificar aquel precepto obedece “al hecho de que el reconocimiento que se propone está encaminado a fortalecer la protección de la persona humana y, por tanto, conlleva un régimen que complementa y adiciona aquél que se contiene en las garantías individuales consagradas en el Título I de la propia Carta Magna”. La afirmación no basta, en mi concepto, para sustentar la localización del cambio constitucional pretendido. El razonamiento que esgrime el autor de la iniciativa tiene fuerza para insertar el cambio -si éste resultase admisible- en el Título I constitucional, pero no necesariamente en el artículo 21.

Efectivamente, el artículo 21 recoge el régimen de la investigación, la persecución y la sanción de los delitos, por parte del Ministerio Público y de los tribunales penales, conforme a sus respectivas atribuciones; así como el régimen de las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, y el sistema de seguridad pública. Si sólo se pretendiera abrir la puerta para la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, sería pertinente concentrar el cambio constitucional en el artículo 21, puesto que se trata, precisamente, de una forma específica -que excluye la genérica, única existente hoy día- de investigación, persecución y enjuiciamiento penal; pero la pertinencia desaparece en la medida en que se quiere integrar en el marco constitucional todo el sistema jurisdiccional interna-

innecesaria- a propósito de la función investigadora y persecutoria del Ministerio Público y en torno a la policía que colabora con éste en la indagación de los delitos. Examino estos puntos en mi libro *El nuevo procedimiento penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, 3ª. ed., pp. 144 y ss.

cional atinente a México, que abarca mucho más que el espacio penal.

Ni la operación de la Corte Internacional de Justicia ni la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se relacionan con la materia que aborda el artículo 21. Así, el conjunto se instalaría mejor en otro o en otros preceptos: el 17, el 104 o el propio 133, o bien, un artículo propio. Todos ellos darían mejor acomodo al conjunto. Y vale reiterar aquí que la reforma puede y quizás debe concentrarse en un solo precepto. Insisto: parece innecesario -y o sería perturbador- espigar a lo largo de la ley fundamental, aduciendo para ello razones de claridad. La base debe quedar claramente asentada en la Constitución; sus implicaciones en detalle, sin duda relevantes, pueden incorporarse en las correspondientes leyes secundarias -que siempre estarán sujetas, interiormente, a control de constitucionalidad-, con o sin un ordenamiento reglamentario específico sobre la integración de normas y resoluciones jurisdiccionales internacionales, en general, al cuerpo del Derecho nacional.

El proyecto de artículo único del Decreto de reforma indica: **“Se adicionan los párrafos quinto y sexto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, recorriéndose en su orden los actuales quinto y sexto para pasar a ser octavo y noveno y se adicionan los párrafos séptimo a noveno para quedar como sigue: [...]”** En realidad, lo que se plantea es menos complejo y puede ser formulado de manera más sencilla: agregar nuevos párrafos quinto, sexto y séptimo, y correr en seguida la numeración de los párrafos restantes, hasta el final del artículo 21.

El primer párrafo nuevo dispondría: **“La jurisdicción de los tribunales internacionales establecidos en tratados de los que los Estados Unidos Mexicanos sean parte, será reconocida en los términos y conforme a los procedimientos establecidos en dichos tratados”**. La exposición de motivos ha sostenido que el reconocimiento de los procedimientos “resulta fundamental, ya que evitaría incurrir en insuficiencias de tipo procesal al momento de cumplir con los compromisos adquiridos por México”. No sobra recordar ahora, trayendo a cuentas lo que antes se dijo, que ese reconocimiento ya se hizo en dos casos -relativos a la Corte Internacional de Justicia y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mencionadas antes- y que resulta por lo menos inquietante que se haya adquirido un compromiso sin disponer de los instrumentos necesarios para darle total y puntual cumplimiento, o sin aportar posteriormente los medios jurídicos necesarios para ese fin.

Sobre este primer párrafo, digamos que por ahora sólo aludiría a dichas cortes internacional e interamericana, a cuyo régimen se ha integrado México. Posteriormente, y con sustento en el mismo párrafo, quedaría comprendido el supuesto de la Corte Penal. Fuera quedan los organismos internacionales no jurisdiccionales: diversos comités y comisiones, a los que nuestro país ha reconocido expresamente o cuya injerencia en controversias mexicanas deriva de instrumentos internacionales de alcance más general, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No pretendo, por supuesto, que los actos de esos organismos reciban el mismo trato que las resoluciones jurisdiccionales, habida cuenta de que se

trata de informes o recomendaciones, no de sentencias. Sin embargo, podría definirse el valor de aquéllos en el nuevo marco del Derecho internacional recogido por la Constitución mexicana. Esto saldría al paso de dudas y evitaría o solucionaría problemas. La pertinencia de atender el punto se vuelve todavía más notoria si se considera que la tendencia actual favorece el desempeño de aquellos órganos, instituidos por diversos tratados internacionales.

Otro efecto del párrafo analizado sería la definición sobre la jerarquía que guardan las normas nacionales e internacionales⁶⁶, con lo que se resolvería la interrogante que surge cuando hay colisión entre unas y otras. El hecho de que exista un criterio jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia -que todavía no es jurisprudencia definida y vinculante- no allana en definitiva este asunto, como lo haría una disposición constitucional⁶⁷. En fin de cuentas, el problema se

⁶⁶ En los textos constitucionales de varios Estados de América se ha puntualizado la jerarquía de los tratados internacionales; al respecto, son importantes las soluciones aportadas por Argentina y Venezuela. Por lo que respecta a aquél país, cuya Constitución distingue entre varias categorías de tratados, cfr. Vanossi, Jorge R., "Los tratados internacionales ante la reforma de 1994", en Abregú, Martín, y Curtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales, 1997, pp. 106-107. En el caso venezolano, los tratados revisten jerarquía constitucional, son de aplicación inmediata por los tribunales y otros órganos del poder público, y prevalecen sobre los ordenamientos internos cuando contienen normas más favorables en lo concerniente a derechos humanos (artículo 23).

⁶⁷ Anteriormente, el alto tribunal consideró que las leyes federales emanadas de la Constitución y los tratados internacionales acogidos por México tenían el mismo rango normativo (P. C/92, *Gaceta del SJF*, no. 60, Octava época, diciembre 1992, p. 27). La nueva tesis señala que los tratados internacionales "se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la

resuelve a favor del tratado, sea por reforma de la ley adversa (sin que por ello se suspenda la efectividad de la jurisdicción internacional), sea por derogación tácita, resultado de la prevalencia o de la sucesión de normas en el tiempo. Empero, la salida que proveería el nuevo párrafo del artículo 21 sólo se aplicaría a las disposiciones internacionales vinculadas con los asuntos jurisdiccionales que ahora examinamos, no a otras materias, que son las más en el conjunto de nuestras relaciones internacionales.

El segundo párrafo propuesto en la iniciativa del 30 de noviembre postula: **“En los casos del orden penal, los procedimientos que lleven a cabo dichos tribunales, así como el cumplimiento de sus resoluciones y sentencias, serán reconocidos y ejecutados por el Estado Mexicano de conformidad con lo dispuesto en el tratado internacional respectivo”**. En la exposición de motivos se hace ver que este texto excluye a los tribunales especiales establecidos por el Consejo de Seguridad de las naciones Unidas, “respecto de los cuales -señala el proyectista- nuestro país ha expresado reservas”.

Constitución federal”. Este criterio figura en el AR 1475/98, Sindicato nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999 (Novena época, Pleno, *SJF y su Gaceta*, t. X, noviembre 1999, tesis P. LXXVII/99, p. 46. Materia: constitucional. Tesis aislada). Las razones del nuevo criterio son esencialmente dos, que tomo literalmente de la sentencia: a) “estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional”; el Presidente suscribe como Jefe de Estado y el senado interviene como “representante de la voluntad de las entidades federativas”; y b) “en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas”. El Presidente y el Senado “pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas”.

Sobre este mismo párrafo, la propia exposición destaca lo que parece obvio: “el Estado reconocerá y ejecutará las resoluciones y sentencias dictadas por los tribunales internacionales, siempre que sean conforme a los términos de los instrumentos jurídicos que los establecen”. Este comentario es equívoco. Pudiera llevar más allá del texto que patrocina, porque aparentemente confiere al Estado la facultad de valorar el fundamento de resoluciones y sentencias. En la práctica, semejante valoración conduciría a discrepancias entre el tribunal que dictó el mandamiento y el Estado que debe atenderlo. Hay experiencia sobre estos debates, cuando ingresan en la polémica sobre la competencia del órgano jurisdiccional que expide la resolución. La ha tenido el sistema interamericano, que sostuvo -como otros tribunales del Derecho de gentes- que compete al órgano judicial internacional la denominada *compétence de la compétence*, es decir, el único y definitivo pronunciamiento sobre su propia competencia⁶⁸.

⁶⁸ Así, en las citadas (*supra*, n. 59) *Sentencias sobre competencia en los Casos Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional*. En ambas, de la misma fecha, la Corte Interamericana hizo ver que “la cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*); luego señaló el tribunal: “La competencia de la Corte no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1) de la Convención presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por

Probablemente convendría reconsiderar el párrafo que estamos examinando -segundo de la iniciativa- para buscar una fórmula más concentrada y enfática, que abarque de una vez todo lo que se debe abarcar. En la reconsideración se advertirá la inconveniencia de aludir a “tribunales” penales internacionales, en plural. La posición mexicana y la mayor conveniencia internacional apuntan hacia un solo tribunal. Para ello se llegó al Estatuto de Roma.

El tercer párrafo, que es el último, de la propuesta reformadora indica: **“Las resoluciones, así como las sentencias irrevocables emitidas por tales tribunales, gozarán de fuerza obligatoria; las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar deberán garantizar su cumplimiento conforme a lo dispuesto en las leyes”**. Desde luego, este párrafo debiera ser el segundo y no el tercero, o bien, constituir una segunda parte del primer párrafo -genérico-, porque se refiere a todos los tribunales, no a los penales. Además de este erróneo emplazamiento, la expresión propuesta sugiere algunas consideraciones que formulo en seguida.

No hay duda sobre la necesidad de prevenir el cumplimiento de todas las resoluciones del órgano jurisdiccional internacional, no sólo de las que poseen carácter de sentencia. Muchas que no lo tienen serán, sin embargo, indispensables en el curso del procedimiento: requerimientos de colaboración, detención, obtención de pruebas, entrega de inculpadados, etcétera.

ser maestra de su jurisdicción” (párrs. 32 y 34 de la *Sentencia* correspondiente al *Caso Ivcher Bronstein*, y 31 y 33 de la relativa al *Caso del Tribunal Constitucional*).

Conviene aludir a resoluciones de los tribunales, en general, sin incurrir en categorías: resoluciones, una de ellas, y sentencias irrevocables, la otra. Evidentemente, las sentencias -revocables e irrevocables, interlocutorias o de fondo- pertenecen al género de las resoluciones. Si sólo se alude a éstas queda abarcado, como es necesario hacerlo, todo el universo de los actos resolutivos que provienen de un órgano jurisdiccional.

Se pretende que las resoluciones gocen de fuerza obligatoria. Convendría buscar un giro más preciso y directo. Por ejemplo, se podría señalar -siguiendo aquí el rumbo adoptado por el Convenio de sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos- que las decisiones de la corte internacional serán inmediatamente ejecutables, en los mismos términos en que lo sean las resoluciones de la jurisdicción nacional⁶⁹.

Me parece equívoca la expresión “garantizar su cumplimiento -de las resoluciones y sentencias- conforme a lo dispuesto en las leyes”, garantía que constituirá un deber específico de las autoridades. Esta forma de presentar el punto franquea la posibilidad de incorporar en leyes internas requisitos o condiciones que hagan ilusoria la jurisdicción internacional.

⁶⁹ En el *Convenio de Sede entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, del 10 de septiembre de 1981, el artículo 27, constitutivo del Capítulo X, con el epígrafe “Eficacia de las resoluciones”, determina que “las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”. Tómense en cuenta, igualmente, las estipulaciones de la Constitución de Perú (artículo 40) y Venezuela (artículo 31).

El párrafo comentado se refiere a las autoridades administrativas y judiciales del fuero federal, común y militar como garantes del cumplimiento de las resoluciones internacionales. Se entiende que la referencia corresponde, por igual, a todas las autoridades de esa naturaleza, independientemente de la posición que guarden en la jerarquía de la función o del servicio: lo mismo el más modesto tribunal que la Suprema Corte de Justicia (posibilidad que ha suscitado planteamientos interesantes⁷⁰), igual el servidor de policía que el Presidente de la República. Aún así, esta disposición no contempla el amplio campo que es preciso considerar. Efectivamente, no existe referencia a la fuerza de aquéllas con respecto a los órganos autónomos del Estado, establecidos fuera de los tres poderes tradicionales, y a propósito de las autoridades legislativas. Es posible que el punto no se plantee en la hipótesis de tribunales penales, pero ciertamente se puede presentar en los supuestos de la Corte Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En algún caso ha ocurrido que la violación del Pacto de San José proviene de una norma general, no solamente de un acto administrativo o una resolución judicial⁷¹.

⁷⁰ Por ejemplo, las interrogantes -y las cuestiones implícitas- que formula el ministro de la Suprema Corte de Justicia de México Guillermo Ortiz Mayagoitia en su artículo "La Suprema Corte de Justicia ante el Derecho internacional", en *El mundo del abogado*, año 4, núm. 33. Enero 2002, pp. 18-21.

⁷¹ En este orden, el asunto más destacado ha sido el correspondiente al Caso "*La última tentación de Cristo*" (*Caso Olmedo otros vs. Chile*), *Sentencia de 5 de febrero de 2001*. Serie C No. 73. El artículo 19 número 12 de la Constitución de Chile establece un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, en tanto que el artículo 13.2 de la Convención Americana sostiene la libertad de pensamiento y expresión, derecho que "no puede estar

Se dirá que el pronunciamiento del tribunal internacional difícilmente podría obligar a un cuerpo legislativo, deliberante y plural, a adoptar normas en el sentido que aquél disponga. Esta objeción debe ser analizada en sus diversas vertientes. Si se trata de una norma doméstica que contraviene una convención internacional, la consecuencia de la resolución jurisdiccional podría ser la invalidación de dicha norma con efectos *erga omnes*, como sucede en las controversias constitucionales y en el procedimiento de inconstitucionalidad desencadenado por la acción respectiva⁷², y como debiera ocurrir en el amparo contra normas generales cuando admitamos, por fin, la pertinencia de abandonar el principio de efectos relativos de la sentencia en estos casos⁷³. La solución es más compleja si se trata, en cambio, de la carencia de

sujeto a previa censura” (párrs. 60 y 63). Por ende, la Corte estimó que el Estado había violado el artículo 13 de la Convención (párrs. 62-63 y punto resolutivo 2), y decidió “que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La última tentación de Cristo’...”

⁷² Me refiero a los procedimientos de control de la constitucionalidad instituidos por el artículo 105 de la ley suprema, según la reforma de 1994, para los que se dispone de una Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 115 constitucional (publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 11 de mayo de 1995) y que han sido ampliamente examinados por la jurisprudencia y la doctrina. Cfr. mis comentarios en García Ramírez, *Poder Judicial y Ministerio Público*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México/Ed. Porrúa, 2ª. ed. (3ª. en prensa), 1997, esp. pp. 73 y ss., 125 y ss., 171 y ss. y 214 y ss.

⁷³ En este sentido se pronuncia el proyecto de reforma al artículo 107 constitucional (fracción II, segundo párrafo), así como el proyecto de nueva Ley de Amparo de la comisión de juristas designada por la Suprema Corte de Justicia, de 2001. En este último ordenamiento, la materia aparece en el artículo 232 bajo el rubro “Declaratoria general de inconstitucionalidad o de interpretación conforme”. Cfr. *Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2001.

normas indispensables para garantizar el cumplimiento de compromisos internacionales. Habría que idear la fórmula que resuelva el punto, y para ello se podría explorar figuras paralelas en el Derecho comparado, como los recursos de inconstitucionalidad por omisión de los sistemas portugués y brasileño.

Un problema especial, dentro de esta misma categoría de cuestiones, se presentaría si el Poder Legislativo no dictara, con oportunidad o suficiencia, las disposiciones necesarias para el cumplimiento interno de las resoluciones jurisdiccionales internacionales. Si la garantía de éste gravita sobre las autoridades administrativas y judiciales, pero no sobre las legislativas, también aquéllas pudieran verse privadas de la posibilidad de asegurar lo que se pretende de ellas: para hacerlo, en un régimen de atribuciones regladas, sería preciso que dispusieran del procedimiento idóneo, que sólo puede fijar -en un buen número de casos- la autoridad legislativa.

El proyecto contiene un solo precepto transitorio, que resuelve la vigencia de la reforma al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*. Creo que debiera disponerse de una razonable *vacatio legis*, que sirva al Poder Legislativo para preparar el aparato jurídico que reciba, en el plano secundario, las consecuencias de la reforma constitucional. En ese mismo período se debieran tomar las providencias necesarias para difundir ampliamente en foros y escuelas de Derecho, así como en los correspondientes despachos del servicio público la información pertinente sobre el texto final de la reforma y sus implicaciones de diverso orden.

6. Conclusiones

En conclusión, considero pertinente que México ingrese al sistema de la Corte Penal Internacional, no porque éste signifique una incuestionable o ejemplar solución del antiguo problema de la justicia penal en el Derecho de gentes, sino porque constituye una alternativa mejor que la contraria. No repetiré aquí las consideraciones con las que inicié este análisis. En ellas expongo mis razones para sugerir la ratificación del Estatuto, y por ende la revisión constitucional que la haga posible. Se necesita, pues, una decisión jurídico-política que examine esta cuestión, pondere seriamente sus implicaciones, estudie las opciones a la mano y decida, a la luz pública y con adecuado fundamento, lo que sea mejor para la nación, la preservación de sus valores y principios y la atención al tema esencial de los derechos humanos, que siguen siendo y deben ser siempre -como lo proclamó la Constitución de Apatzingán, en el remoto 1814- el objeto del gobierno y el fin de la asociación política.

También estimo acertado resolver de una vez, a propósito de esta cuestión, pero sin restringirse a ella, el tema de la jurisdicción internacional desde la perspectiva del Estado mexicano. La preceptiva actual es manifiestamente insuficiente. Esta insuficiencia puede generar problemas delicados no sólo en lo que concierne a la justicia penal internacional, que aún no hemos reconocido, sino en lo que respecta a las otras jurisdicciones que ya aceptamos. Si aquella forma parte de nuestro futuro -un porvenir cada vez más cercano, aunque por ahora pudiera no ser inmediato-, las otras son parte de nuestro presente. Hemos dado los pasos

que nos vinculan a esas jurisdicciones, pero no hemos provisto todos los medios aplicativos inherentes a nuestro compromiso expreso.

La previsión constitucional de esta materia puede alcanzarse con diversas fórmulas. En la alternativa entre reformar un solo precepto, para alojar ahí la regulación verdaderamente indispensable -en forma de base, no de reglamento- o modificar varios preceptos, abarcando los distintos temas específicos en que las normas del Estatuto difieren de las normas constitucionales, me inclino por la primera solución. Tiene en su favor una razón importante: es suficiente. Si se pretende resolver en conjunto el tema de las diversas jurisdicciones internacionales, no solamente el de la justicia penal, habrá que ponderar el emplazamiento de la reforma. Tal vez no debiera instalarse en el artículo 21, demasiado circunscrito a las cuestiones penales, sino en otro precepto. Ya mencioné, a título de ejemplos, los artículos 17, 104 y 133, así como la posibilidad de un artículo específico sobre esta cuestión.

Vuelvo a las consideraciones con las que inicié este ensayo. Conviene que nuestro país se incorpore en la mejor corriente del Derecho internacional contemporáneo. Esa incorporación sería consecuente con las convicciones humanistas y justicieras que han campeado en el largo y laborioso proceso evolutivo del Derecho patrio. Evidentemente, no desaparecerá el crimen internacional cuando la Corte se instale. Esta no podría aspirar a semejante efecto milagroso. Pero es posible que la certeza de que no habrá impunidad para los responsables de crímenes gravísimos alcance a

retraer, en alguna medida apreciable, la aparición de estos delitos.

En un discurso ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Presidente de la Corte Penal para la exYugoslavia, Antonio Cassese, recordó que en 1932 el ilustre científico Albert Einstein se dirigió a Sigmund Freud para conocer su opinión sobre la posibilidad de eliminar en definitiva el flagelo de la guerra. El psicoanalista austriaco repuso que difícilmente se podrían suprimir las tendencias agresivas del ser humano. Empero, sería factible recurrir a “medidas paliativas” que las mitigaran. Y en opinión del magistrado Cassese, la Corte para la exYugoslavia formaba filas entre esas medidas⁷⁴. Tal es el valor que podemos asignar a la Corte Penal Internacional. No es poca cosa: a título de paliativo, moderador de la violencia, pudiera salvar muchas vidas. Una sola de ellas justificaría su existencia.

⁷⁴ Cit. Zafra Espinosa de los Monteros, “El establecimiento convencional...”, en *La criminalización...*, cit., pp. 159-160.

El Papa Juan Pablo II y los derechos humanos

*Máximo Pacheco Gómez**

1. El Fundamento de los Derechos Humanos

Constituye un rasgo muy característico del Magisterio Social del Papa Juan Pablo II el reconocimiento y la defensa de los derechos humanos, de los que viene ocupándose ininterrumpidamente.

En el Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz (1-I-1998) el Papa manifestó:

Fundamento y fin del orden social es la persona humana, como sujeto de derechos inalienables, que no recibe desde fuera sino que brotan de su misma naturaleza; nada ni nadie puede destruirlos; ninguna constricción externa puede anularlos, porque tienen su raíz en lo que es más profundamente humano. De modo análogo, la persona no se agota en las condiciones sociales, culturales o históricas, pues es propio del hombre, que tiene un alma espiritual, tender hacia un fin que trasciende las condiciones mudables de su existencia. Ninguna potestad humana puede oponerse a la realización del hombre como persona.

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

2. El misterio de la Redención

En su primera encíclica, *Redemptoris Hominis* (4 de marzo de 1979), Juan Pablo II ofrece la clave de su enseñanza sobre derechos humanos, que se puede resumir esencialmente con dos palabras: Cristo Redentor. Es Cristo quien revela “plenamente el hombre al mismo hombre” y esta es “la dimensión humana del misterio de la Redención”, en esta dimensión “el hombre vuelve a encontrar la grandeza, la dignidad y el valor propios de su humanidad” (RH 10).

El Papa escribe que si el hombre consigue entrar en Cristo, entonces se entenderá completamente a sí mismo, hasta estar lleno de “profunda admiración” al constatar el valor que tiene frente a Dios, y al darse cuenta que representa el motivo de la Encarnación del Hijo de Dios: “Ese profundo estupor respecto al valor y la dignidad del hombre se llama Evangelio”. Es ese estupor que “justifica la misión de la Iglesia en el mundo” y es la Redención que, mediante el sacrificio de la Cruz, “ha vuelto a dar definitivamente al hombre la dignidad” (RH 10).

Si “en Cristo y por Cristo, el hombre ha conseguido plena conciencia de su dignidad”, de ahí que todos los cristianos, a pesar de las divisiones que siguen existiendo entre ellos, pueden y deben manifestar su unidad “en la lucha con perseverancia incansable a favor de la dignidad que cada hombre ha alcanzado y puede alcanzar continuamente en Cristo” (RH 11).

Frente a las dificultades, a las desilusiones y a las incertidumbres que han aparecido en el diálogo ecuménico, es benéfico volver a leer estas palabras del Papa, que ponen de manifiesto su apertura ecuménica y

su compromiso, subrayado en muchas ocasiones durante su pontificado, para una mayor colaboración entre todas las Iglesias cristianas, sobre todo a favor de la dignidad humana, como signo creíble de la misión confiada por Dios a todos y a cada uno de los cristianos.

Esta misión conlleva la obligación de anunciar la verdad recibida de Dios con una actitud de profundo respeto por el destinatario de este anuncio y por su libertad. Así, la “misma dignidad de la persona humana se hace contenido de aquel anuncio” y puesto que “no en todo aquello que los diversos sistemas y también los hombres en particular, ven y propagan como libertad está la verdadera libertad del hombre, tanto más la Iglesia, en virtud de su misión divina, se hace custodia de esta libertad que es condición y base de la verdadera dignidad de la persona humana” (RH 12).

Estas palabras, escritas diez años antes de los hechos que, en 1989, transformaron profundamente los rasgos de la geografía política y de la vida institucional de una amplia zona de Europa, adquieren una dimensión profética porque esta sorprendente transformación tuvo lugar precisamente como una reacción imprevista, pero en el fondo previsible, contra un sistema de poder totalitario que durante varios decenios había sofocado las aspiraciones de libertad y de verdad de pueblos enteros, de las que hacía una propaganda deformada y repugnante.

Citando la afirmación del Concilio Vaticano II, el Papa recuerda que “Cristo se ha unido a cada hombre”, un hombre “en el que permanece intacta la imagen y semejanza con Dios mismo” (RH 13) y pone de manifiesto que el hombre “es la primera y fundamental

vía de la Iglesia”; de esta ecuación deriva la necesidad de la Iglesia de “ser conscientes, además, de todo lo que parece estar en contra del esfuerzo para que la vida humana sea cada vez más humana”, para que todo lo que compone esta vida responda a la verdadera dignidad del hombre” (RH 14).

Juan Pablo II es consciente de los riesgos que amenazan la civilización contemporánea, en la que el hombre “parece estar amenazado por lo que produce”, y por eso “vive cada vez más en el miedo”, temiendo que los frutos de su imaginación y de su capacidad “pueden ser dirigidos de manera radical contra él mismo” hasta convertirse en “medios e instrumentos de una autodestrucción inimaginables” (RH 15). De ahí la necesidad de que el desarrollo de la técnica que domina nuestra época corresponda “un desarrollo proporcional de la moral y de la ética”, para que el hombre sea “de veras mejor, es decir, más maduro espiritualmente, mas la Iglesia considera que se debe cuestionar sobre la dirección que toma el progreso y si éste está realmente al servicio del hombre y de su dignidad: “encuentra el principio de esta solicitud en Jesucristo, como atestiguan los Evangelios” (RH 15).

3. La fuerza del amor

El examen de la situación en la que se encuentra el hombre en el mundo contemporáneo hace que el Papa haga un diagnóstico severo pero lúcido: se trata de una situación que “parece distante tanto de las exigencias objetivas del orden moral, como de las exigencias de la justicia, o aún más, del amor social” (RH 16). En el momento en el que se publicó la encíclica, Juan Pablo

II se daba perfectamente cuenta de que su juicio podía parecer áspero y que su denuncia corría el riesgo de ser mal interpretada o incluso manipulada por una de las “partes” que se enfrentaban en el contexto geopolítico existente. Él, sin embargo, recuerda que la Iglesia “no disponiendo de otras armas, sino de las del espíritu, de la palabra y del amor, no puede renunciar a anunciar la palabra [...] a tiempo y a destiempo” (RH 16). La motivación de la intervención de la Iglesia en el ámbito social es el amor.

En su segunda, *Dives in misericordia* (30 de noviembre de 1980), el Papa pone de manifiesto el vínculo existente entre la justicia y el amor, un amor atestado, además, por la famosa parábola del “hijo pródigo”. Al ver la vuelta a casa del hijo, “el padre es consciente de que se ha salvado un bien fundamental: el bien de la humanidad de su hijo [...] La fidelidad del padre a sí mismo está totalmente centrada en la humanidad del hijo perdido, en su dignidad [...] se puede decir por tanto que el amor hacia el hijo, el amor que brota de la esencia misma de la paternidad, obliga en cierto sentido al padre a tener solicitud por la dignidad del hijo [...] la relación de misericordia se funda en la común experiencia de aquel bien que es el hombre, sobre la común experiencia de la dignidad que le es propia” (DM 6).

El mal cometido por el hijo está superado, puesto que él ha sido capaz de tomar realmente conciencia de éste y se ha puesto en el camino de la conversión.

A este camino de salvación, Cristo nos llama a todos y, como señal de esta invitación irrevocable, ofrece su vida para la redención de la humanidad: “Justamente esta redención es la revelación última y definitiva de la

santidad de Dios, que es la plenitud absoluta de la perfección: plenitud de la justicia y del amor, ya que se funda sobre el amor, mana de él y tiende hacia él” (DM 7).

En el sacrificio de la Cruz, la misericordia divina se revela plenamente y se eleva la dignidad al máximo, puesto que el hombre “experimentando la misericordia, es también en cierto sentido el que manifiesta contemporáneamente la misericordia” (DM 8). Para Juan Pablo II, la síntesis de toda la Buena Nueva se puede encontrar en las palabras de Jesús: “Bienaventurados los misericordiosos, porque ellos alcanzarán misericordia” (Mt 5,7). Estas palabras reflejan el misterio profundo de Dios: “la inescrutable unidad del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo, en la que el amor, abre camino a la misericordia, que a su vez revela la perfección de la justicia” (DM 8).

La perspectiva del amor es el horizonte en el que se sitúa la acción del cristiano a favor de los derechos humanos.

Indicando una serie de actitudes que prefiguran la acción del cristiano por los derechos humanos, Jesús mismo lo dice claramente: “cuanto hicisteis a uno de estos [...], a mi me lo hicisteis” (Mt 25, 40). Es en esta perspectiva que “la Iglesia comparte con los hombres de nuestro tiempo este profundo y ardiente deseo de una vida justa bajo todos los aspectos”, aún con la convicción de que la justicia por sí sola no es suficiente y que, más aún puede conducir a la negación y al aniquilamiento de sí misma, si no se le permite a esa forma más profunda que es el amor plasmar la vida humana en sus diversas dimensiones” (DM 12).

El Papa ha identificado en el concepto teológico de “pro-existencia” el amor de Cristo Redentor, que ha ofrecido su vida y ha pedido a sus discípulos que estén preparados a hacer el mismo don total, afirmando: “Si nosotros volvemos a descubrir el significado auténtico del amor “pro-existente”, entonces los derechos humanos pueden y deben formar parte de éste, en nombre, se puede decir, del sacrificio pascual de Cristo mismo” (Discurso a la Comisión Teológica Internacional, 5 de diciembre de 1983).

Juan Pablo II volverá a tratar el tema del “amor social” en la encíclica *Sollicitudo rei socialis* (30 de diciembre de 1987), a través de la noción de solidaridad, definida como una “virtud cristiana”: “a la luz de la fe, la solidaridad tiende a superarse a sí misma, al revestirse de las dimensiones específicamente cristianas de gratitud total, perdón y reconciliación. Entonces el prójimo no es solamente un ser humano, con sus derechos y su igualdad fundamental frente a todos, sino que se convierte en la imagen viva de Dios Padre, rescatada por la sangre de Jesucristo y puesta bajo la acción permanente del Espíritu Santo” (SRS 40).

Además, en el mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 1998, el Papa escribe: “[...] es importante considerar también la promoción de los derechos humanos: siendo ésta el fruto del amor por la persona puesto que “el amor sobrepasa todo lo que la justicia puede realizar” (Constitución pastoral *Gaudium et spes*, 78)” (n. 2).

La verdad os hará libres (Jn 8, 32)

En la visión de Juan Pablo II, una relación intrínseca vincula la verdad a la libertad. Sobre esta relación

insiste sobre todo la encíclica *Centesimas annus*, publicada en el centenario de la *Rerum Novarum* (1 de mayo de 1991), dirigida -al igual de la *Redemptor hominis*- no sólo a los miembros de la comunidad eclesíástica, sino también “a todos los hombres de buena voluntad”, para demostrar que los temas tratados por el documento tienen un papel importante también fuera de la Iglesia. Además la encíclica reflexiona de una forma particular sobre la génesis, sobre el sentido y sobre las consecuencias de los acontecimientos de 1989. Siguiendo la línea marcada por León XIII, el vínculo entre la verdad y la libertad es considerada por Juan Pablo II como “constitutivo” (CA 4); el hecho de no respetarlo representa “el error fundamental del socialismo”, un error “de carácter antropológico”, puesto que afecta a la persona humana en su esencia y destruye su dignidad (CA13). Para el Papa, la causa de este error es el ateísmo: “La negación de Dios priva de su fundamento a la persona y, consiguientemente, la induce a organizar el orden social prescindiendo de la dignidad y responsabilidad de la persona” (ibid). De esta postura deriva “una concepción de la libertad humana que la aparta de la obediencia de la verdad y, por tanto, también del deber de respetar los derechos de los demás hombres” (CA 17). Desatender el “derecho-deber de buscar a Dios, de conocerlo y de vivir según este conocimiento” e ignorar “los derechos de la conciencia humana, vinculada solamente a la verdad tanto natural como revelada” significa abrir el camino a sistemas totalitarios, a sociedades sin una jerarquía de valores, a fuerzas fundamentalistas que discriminan incluso a los ciudadanos de un mismo Estado: “Ningún progreso auténtico es posible sin el respeto del derecho

natural y original de conocer la verdad y de vivir según ésta” (CA 29).

La encíclica afirma que el fenómeno del totalitarismo moderno nace “de la negación de la verdad en sentido objetivo”; de esta forma, en efecto, “triunfa la fuerza del poder y cada uno tiende a utilizar hasta el extremo los medios de que dispone para imponer su propio interés o la propia opinión, sin respetar los derechos de los demás” (CA 44). Y también: “La raíz del totalitarismo moderno hay que verla, por tanto, en la negación de la dignidad trascendente de la persona humana, imagen visible de Dios invisible y, precisamente por esto, sujeto natural de derechos que nadie puede violar” (ibid).

Juan Pablo II desea aclarar, probablemente considerando algunas críticas que aparecen periódicamente sobre todo en el mundo occidental, que “al no ser ideológica, la fe cristiana no pretende encuadrar en un rígido esquema la cambiante realidad socio-política y reconoce que la vida del hombre se desarrolla en la historia en condiciones diversas y no perfectas” (CA 46): la Iglesia por lo tanto “al ratificar constantemente la trascendente dignidad de la persona, utiliza como método propio el respeto de la libertad. La libertad no obstante es valorizada en pleno solamente por la aceptación de la verdad, la libertad pierde su consistencia y el hombre queda expuesto a la violencia de las pasiones y a condicionamientos patentes o encubiertos” (ibid). Por lo tanto el cristianismo no puede renunciar al hecho de presentar “su” verdad de una forma respetuosa pero firme, estando atento a descubrir “la parte de verdad que encuentra en la experiencia de la vida y en la cultura de las personas y de las naciones” (ibid).

La reflexión antropológica de la encíclica vinculada acertadamente el plano de la búsqueda natural con el de la gracia sobrenatural: en la visión cristina, el edificio de los derechos del hombre se apoya en pilares capaces de resistir cualquier sacudida telúrica.

4. El estado de derecho

En el capítulo V de la encíclica *Centesimus annus*, sobre el tema del Estado y de la cultura, se cita el siguiente párrafo de la *Rerum novarum*: “Por mucho que cambien y se desarrollen las formas de gobierno [...], siempre habrá tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial [...]”. Juan Pablo II comenta sobre este tema que “[...] constituía entonces una novedad en las enseñanzas de las Iglesias” (CA 44). Desde que se hizo este reconocimiento, aunque sea de forma indirecta de la teoría de la división de los poderes, han pasado cien años en los que las enseñanzas de la Iglesia sobre la organización y el funcionamiento del Estado se han desarrollado y ahondado hasta expresarse en la encíclica CA de la siguiente forma: “Es preferible que un poder esté equilibrado por otros poderes y otras esferas de competencia que lo mantengan en su justo límite. Es éste el principio del “Estado de Derecho”, en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres” (ibid).

También este tipo de referencia es una “novedad” en el lenguaje del Magisterio; formulada de una forma concisa pero sustancial, muestra la preocupación por una organización del Estado que esté al servicio de la “libertad de todos” y está en sintonía con la evolución

que el Estado ha experimentado en el mundo occidental, cuya organización actual es juzgada como funcional con respecto a las tareas que debe desempeñar.

Es evidente que el Papa sabe perfectamente que este proceso no ha sido lineal y que, al contrario, ha sufrido traumas de larga duración y con consecuencias trágicas. Por lo tanto, tras haber manifestado su aprobación del “Estado de derecho”, se apresura a renovar la advertencia en contra de los sistemas totalitarios, identificando el rasgo que los distingue a todos en la “negación de la verdad” (ibid).

Para Juan Pablo II, el Estado totalitario, sea cual sea su orientación ideológica, es la negación del “Estado de derecho”. Además, el totalitarismo ejerce sus efectos aniquiladores sobre todos los sujetos sociales, sean individuales o colectivos, puesto que tiende “a absorber en sí mismo la nación, la sociedad, la familia, las comunidades religiosas y las mismas personas” (CA 45).

La encíclica se hace eco de la dolorosa persecución sufrida por la Iglesia en los contextos totalitarios y realiza un análisis lúcido: “El Estado, o bien el partido, que cree poder realizar en la historia el bien absoluto y se erige por encima de todos los valores, no puede tolerar que se sostenga un criterio objetivo del bien y del mal, por encima de la voluntad de los gobernantes, y que, en determinadas circunstancias, puede servir para juzgar su comportamiento. Esto explica por qué el totalitarismo trata de destruir la Iglesia o, al menos, someterla, convirtiéndola en instrumento del propio aparato ideológico” (ibid). Juan Pablo II desea reafirmar que la Iglesia, al defender la propia libertad, incluye en esta defensa a todos los sujetos sociales,

desde la persona hasta la nación, pasando por la familia, “realidades todas que gozan de un propio ámbito de autonomía y soberanía” (ibid).

5. Una democracia de los valores

La encíclica *Centesimus annus* mira con esperanzas los resultados de los cambios que han conllevado en varios lugares del mundo y de manera particular en Europa oriental, “nuevas formas de democracia” (CA 22). El Papa afirma que, “después de la caída del totalitarismo comunista y de otros muchos regímenes totalitarios y de “seguridad nacional”, asistimos hoy al predominio, no sin contrastes, del ideal democrático junto con una viva atención y preocupación por los derechos humanos”, insistiendo sobre la necesidad de que “los pueblos que están reformando sus ordenamientos den a la democracia un auténtico y sólido fundamento mediante el reconocimiento explícito de estos derechos” (CA 47). La encíclica ofrece una lista significativa de derechos definidos “entre los principales”: “el derecho a la vida, del que forma parte integrante del derecho del hijo a crecer bajo el corazón de la madre después de haber sido concebido, el derecho a vivir en una familia unida y en un ambiente moral favorable al desarrollo de la propia personalidad; el derecho a madurar la propia inteligencia y la propia libertad a través de la búsqueda y el conocimiento de la verdad; el derecho a participar en el trabajo para valorar los bienes de la tierra y recabar del mismo el sustento propio y de los seres queridos, a acoger y educar a los hijos, haciendo uso responsable de la propia sexualidad. Fuente y síntesis de estos derechos es, en cierto sentido,

la libertad religiosa, entendida como derecho a vivir en la verdad de la propia fe y en conformidad con la dignidad trascendente de la propia persona” (ibid).

Se trata en realidad de una serie de derechos estrechamente vinculados con el fundamento antropológico descrito anteriormente. Estos mismos se encuentran, *in nuce* en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, pero aquí están formulados de una forma diferente, como si estuvieran enriquecidos por la luz de la “dignidad trascendente” de la persona humana.

Para Juan Pablo II, “una auténtica democracia es posible solamente en un Estado de derecho y sobre la base de una recta concepción de la persona humana” (CA 46). Si el Estado de derecho es el tronco, el concepto de persona es la savia que nutre el árbol de la democracia. La tesis que aparece continuamente hoy día, según la cual “el agnosticismo y el relativismo escéptico son la filosofía y la actitud fundamental correspondientes a las formas políticas democráticas” hay que rechazarlas porque “si no existe una verdad última, la cual guía y orienta la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden caer con facilidad en un totalitarismo visible o encubierto, como lo demuestra la historia” (ibid).

La visión del Papa es realista: “También en los países donde están vigentes formas de gobierno democrático no siempre son respetados totalmente estos derechos” (CA 47). Su diagnóstico es muy preciso: estos países viven una crisis debida al hecho que las aspiraciones de la población no se consideran “según criterios de justicia y moralidad, sino más bien de acuerdo con la fuerza electoral o financiera de los

grupos que la sostienen”, de ahí nace una disminución “de la participación política y del espíritu cívico” y una “creciente incapacidad para encuadrar los intereses particulares en una visión coherente del bien común” (ibid). La noción del bien común es fundamental porque: “en efecto, no es la simple suma de intereses particulares sino que implica su valoración y armonización, hecha según una equilibrada jerarquía de valores y, en última instancia, según una exacta comprensión de la dignidad y de los derechos de la persona” (ibid).

6. La acción de la Iglesia

Los límites de este trabajo no permiten tratar otros principios fundamentales de las enseñanzas de Juan Pablo II sobre derechos humanos, como el significado radical de la libertad religiosa (cf. Encíclica *Redemptor hominis*, 17), el papel de la cultura en la defensa de la soberanía del hombre y de la nación (cf. Discurso en la UNESCO, 2 de junio de 1980), la concepción del trabajo como un bien que expresa la dignidad humana (cf. Encíclica *Laborem exercens*, 14 de septiembre de 1981), la identificación de la familia como sujeto de derechos (cf. Exhortación Apostólica *Familiaris consortio*, 22 de noviembre 1981), el valor sagrado de la vida humana desde el primer momento hasta el final natural (cf. Encíclica *Evangelium vitae*, 25 de marzo de 1995).

Este amplio y rico patrimonio doctrinal inspira la acción de la Iglesia en el sector de los derechos humanos. En lugar de apropiarse de un concepto que le

era ajeno, según las críticas de algunos ambientes laicistas, la Iglesia ha sabido ir más allá de los aspectos contingentes y polémicos sobre la elaboración histórica de los derechos humanos -marcada por la experiencia de la Revolución francesa- y ha sabido reconocer en la dignidad humana su base correcta, releyendo con una mirada nueva los principios antiguos y siempre vivos en la tradición.

Un grande mérito para Juan XXIII y, después, sobre sus huellas, del Concilio Vaticano II, ha sido el resaltar las implicaciones de la noción de la dignidad humana y de saber reconocer, gracias a tal trámite, no solo la legitimidad del compromiso por los derechos humanos, sino también la necesidad de su plena inserción en la acción pastoral.

La enseñanza social de la Iglesia queda, en el mundo de hoy, como una garantía sólida de los auténticos derechos humanos, ya que es capaz de ofrecer una visión armónica en la cual los derechos están equilibrados por los deberes, los derechos civiles y políticos están reconciliados con los económicos y sociales, su universalidad es reforzada por la exigencia de una oportuna inculturación.

Tal acercamiento pone los derechos humanos al amparo de derivaciones inquietantes, provocadas por lecturas que deforman los derechos humanos según la ley de una geometría pública pero en sustancia según los deseos del poder.

Además, sabemos que el camino de los cristianos en la historia no está ausente de errores y de desviaciones. El mismo Papa lo ha querido recordar de modo claro y

fuerte: “Así es justo que, mientras el segundo Milenio del cristianismo llega a su fin, la Iglesia asuma con una conciencia más viva el pecado de sus hijos recordando todas las circunstancias en las que, a lo largo de la historia, se han alejado del espíritu de Cristo y de su Evangelio, ofreciendo al mundo, en vez del testimonio de una vida inspirada en los valores de la fe, el espectáculo de modos de pensar y actuar que eran verdaderas formas de antitestimonio y de escándalo” (*Tertio millennio adveniente*, 33). Y todavía: “Otro capítulo doloroso sobre el que los hijos de la Iglesia deben volver con ánimo abierto al arrepentimiento está constituido por la aquiescencia manifestada, especialmente en algunos siglos, con métodos de intolerancia e incluso de violencia en el servicio a la verdad [...] Pero la consideración de las circunstancias atenuantes no dispensa a la Iglesia del deber de lamentar profundamente las debilidades de tanto hijos suyos, que han desfigurado su rostro, impidiéndole reflejar plenamente la imagen de su Señor crucificado, testigo insuperable de amor paciente y de humilde mansedumbre” (TMA 35).

Juan Pablo II ha puesto de relieve de una forma particular el fundamento cristológico de los derechos humanos, que ya apareció en el Concilio Vaticano II, completando así la argumentación teológica clásica que concibe la dignidad humana como algo que nace de la creación del hombre “a imagen de Dios” (cf. Génesis 1, 26).

Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana

*Hernán Salgado Pesantes**

Mi homenaje a la memoria del magistrado Rodolfo Piza Escalante, juez que hizo del Derecho un culto permanente a la libertad y a la justicia.

Sumario: I. La concepción de un control político. II. El juicio político, un mecanismo de control. III. El juicio político en la Constitución del Ecuador.

Introducción

El constitucionalismo clásico, desde fines del siglo XVIII, dejó atrás el absolutismo autocrático de la monarquía de no rendir cuentas ni ser responsable ante ninguna institución política o judicial. La irresponsabilidad real se sirvió de la vieja fórmula, anclada en

* Profesor Principal de Derecho Constitucional en la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cátedra ganada en concurso de merecimientos y oposición en 1978. Ex Decano de la Facultad de Jurisprudencia. Juez y ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Vocal del Tribunal Constitucional.

las doctrinas del derecho divino, que sentenciaba “*the king can do not wrong*”¹.

El reconocimiento de los principios constitucionales de la soberanía popular y de la representación política trajo como consecuencia directa la responsabilidad de los gobernantes, presupuesto necesario para la eficacia de toda clase de control sea político o judicial. El control político será ejercido por el Poder Legislativo (Parlamento o Congreso) como órgano eminentemente representativo y político.

Desde entonces, el tema del control político, más conocido como control parlamentario, ha sido objeto de diversos análisis dada su importancia para un Estado de Derecho, el cual, en la concepción actual, está indisolublemente vinculado a la democracia y a la idea que debemos tener de la constitucionalidad del Estado.

Entre los mecanismos de control político sobresale el denominado juicio político, institución utilizada por muchos países para determinar la responsabilidad de los funcionarios superiores del Estado por los actos que han realizado en el ejercicio de sus funciones. Al respecto, siempre se presenta la interrogante ¿cuál es la naturaleza del juicio político? ¿es jurídica o únicamente política?

Esta interrogante corresponde al control político en general, del cual el juicio político es una especie. Por ello, vale plantearse este tema y reflexionar sobre esta y otras cuestiones.

¹ Un hecho anterior a la Revolución Francesa que tuvo gran repercusión fue el procesamiento de Carlos I de Inglaterra y su condena a la pena de muerte en 1649.

I. La concepción de un control político

La idea de ejercer un control político sobre el Estado y particularmente sobre el Ejecutivo, tiene antecedentes antiguos. Quizá la concepción más conocida sea la de Montesquieu, quién al establecer la necesidad de que los tres poderes fueran ejercidos por órganos distintos, señaló que cada uno tendrá la facultad de impedir (*empêcher*) y de detener (*arrêter*) al otro u otros poderes. “*El poder -escribió- detiene al poder*”. Se trataba de una mutua limitación².

Luego, cuando la ideología liberal y el constitucionalismo clásico impusieron como principio irrecusable el de la responsabilidad política del gobierno, quedó claro que para hacer efectiva esa responsabilidad debía existir una vigilancia y fiscalización sobre los órganos del Estado. Esto ha sido denominado por la doctrina “control para la responsabilidad”.

El constitucionalismo contemporáneo, fortalecido con el concepto de democracia, ha consolidado la institución del control político e incluso, en las últimas décadas, se ha desarrollado la teoría de la **rendición de cuentas** (*accountability*), que constituye el deber de informar que tienen los funcionarios públicos y de estar sometidos a un examen crítico, todo lo cual permite la transparencia de la gestión, al tiempo que configura la responsabilidad respectiva.

De esta manera, la expresión *accountability* se integra al control político como una forma democrática

² Ver mi artículo: *Separación e Independencia de los Poderes del Estado*, en “Léxico Político Ecuatoriano”, ILDIS, 1994, Quito, pp. 351 y ss.

de ejercerlo. Si estos son los requerimientos de la democracia, ellos no pueden existir en un sistema autocrático, distante de la constitucionalidad.

Hoy, la institución del control, y del control político en particular, se concibe como una función estatal, de rango esencial y con características muy propias. Y, suele señalarse, que esta función de control ha surgido más de la práctica y de la experiencia, que de especulaciones teóricas.

En nuestra época quien mejor ha tratado la problemática del control dentro del Estado de Derecho, en sus diferentes aspectos, es el constitucionalista alemán profesor Karl Loewenstein en su ya clásica obra “Teoría de la Constitución”³.

I.1. La naturaleza de los controles existentes en el Estado

Cuando se examina la naturaleza del control -o de los controles, pues está claro que los hay diversos- generalmente se admite que tiene una naturaleza jurídica, con lo cual concuerdo en principio. Para explicar la naturaleza jurídica del control se señala que éste viene establecido por la Constitución, en la mayoría de casos, o por las normas infra-constitucionales; en suma, es el ordenamiento jurídico estatal que crea, regula y legitima el control del poder⁴.

³ Karl Lowenstein: *Teoría de la Constitución*, reimpresión de la 2da. ed., traducida por Alfredo Gallego Anabitarte, Ed. Ariel, Barcelona, 1979.

⁴ Cf. Diego Valadés: *El control del Poder*, Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998. Para este tema pp. 123 y ss. Esta obra es de las mejores que se han escrito

Dicha cuestión no creo que pueda ser discutida, pues la misma Constitución -acto jurídico fundamental- significa un control del poder estatal, al tiempo que determina sus límites. La Función Judicial en materia contenciosa administrativa y fiscal, y más aún en lo relativo a la jurisdicción constitucional entrañan también un control de naturaleza jurídica a los actos administrativos y actos normativos del Estado⁵.

Ahora bien, la institución del control contiene diversas especies -incluso subespecies- de controles, que pueden ser objeto de una tipología, pero básicamente podrían considerarse, en una esquematización, los controles propiamente jurídicos y aquellos propiamente políticos; entre los primeros están principalmente -los ya mencionados- la justicia o control constitucional y la jurisdicción contenciosa que tiene como sujeto pasivo al Estado. Dentro de los controles de naturaleza política se encuentran el juicio político, las comisiones **de investigación** del Legislativo y las administrativas autónomas, cuestiones de confianza, interpelaciones, entre otros.

Es en este punto, que al referirse al control político que recae, sobre todo, en el órgano legislativo (control parlamentario) que se presenta la discusión de si se trata de un control de naturaleza jurídica o si no lo es. Examinémoslo.

sobre la materia, tiene un amplio y erudito desarrollo, con buen análisis crítico. Con el mérito adicional de contener una perspectiva latinoamericana.

⁵ Cuando se menciona al Estado, estamos pensando en los funcionarios públicos que conforman los órganos del mismo, o si se quiere en los gobernantes, en *amplio sensu*: no sólo los del Ejecutivo, sino de los demás poderes y funciones del Estado.

I.2. Características y diferencias del control político frente al control jurídico

Al analizar las características del control político la mayoría de autores, cuyo criterio comparto, destacan su condición o carácter **subjetivo**, de donde se derivan aspectos muy específicos que configuran a esta institución⁶. Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y de oportunidad, la valoración descansa en la libre apreciación de quien juzga.

El control jurídico en cambio tiene un carácter **objetivo** en el sentido de que se fundamenta con mayor rigor en normas del Derecho que tienen una valoración predeterminada y se basa en reglas que limitan la discrecionalidad del juzgador, como luego se insistirá.

La objetividad del control jurídico también tiene que ver con los principios de independencia y de imparcialidad que caracterizan a los jueces en materia jurisdiccional; en cambio, en el control político no se da necesariamente la independencia ni la imparcialidad en el órgano que juzga, puede haber, como de hecho existe, la disciplina partidista, los compromisos o alianzas políticas, a lo que se suma el sentido de oportunidad.

Los agentes o personas que realizan el control político son determinados en virtud de su condición política y no de su preparación y conocimientos jurídicos como ocurre en los órganos jurisdiccionales.

⁶ Cfr. Manuel Aragón Reyes: *El Control Parlamentario como Control Político*, en "Estudios en homenaje al Dr. Héctor Fix-Zamudio", Tomo I, UNAM, México, 1988, pp. 3 y ss. Del mismo autor: *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*. Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 70 y ss.

El objeto inmediato del control político puede ser un acto o conducta política concreta o una actuación política general. A través del control político de ese acto o conducta lo que se está controlando es el **órgano** del cual emana o al que le es imputable. Esto es diferente de lo que ocurre en el control jurídico, que no puede ser entendido como un control sobre el órgano (por ejemplo, cuando el Tribunal Constitucional controla una ley no está controlando al Congreso, sino al ordenamiento jurídico).

Al examinar los criterios de valoración utilizados por el juicio político se puede establecer una clara diferencia con el control jurídico. En el primero, la valoración se efectúa con absoluta libertad de criterio (dado su carácter subjetivo); en el segundo, la valoración se sujeta a las normas de derecho objetivadas. En el control político hay esa **libertad de valoración**, incluso cuando el ordenamiento determina el caso o las condiciones en que se ha de dar dicho control. Es interesante lo que señala el profesor Aragón al respecto:

Cuando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico⁷.

Incluso, en el caso de presunta inconstitucionalidad aunque los legisladores den razones muy jurídicas,

⁷ Manuel Aragón Reyes, Op. cit., p. 9.

como señala Aragón, “tal decisión no se toma por la fuerza del derecho, sino de los votos, no es la decisión de un órgano jurídico, sino político, es una decisión enteramente libre [...] y no como el órgano judicial que ha de interpretarla de la única manera que se considera válida”.

De lo expresado se puede concluir que el control político entraña siempre una decisión política basada en razones políticas. Por otro lado, en el control político se produce una consecuencia, un resultado, por el mero hecho de ponerse en marcha el respectivo procedimiento. Queda visible que se está dando una fiscalización del poder público.

Al respecto, y como se suele señalar acertadamente, hay aquí una diferencia sustancial con el control jurídico, mientras éste conlleva **necesariamente una sanción**, el control político no posee, de modo general y constante, efectos sancionadores *per se*, lo tiene en determinados casos, en aquellos en que el ordenamiento jurídico lo ha previsto.

Por otro lado, en el control político se destaca el elemento **voluntarista** que existe, en el sentido de que quien controla decide cuándo y cómo ejercer dicho control. Además, el control político no tiene que realizarse necesariamente en todos los supuestos, ni ejercitarse obligatoriamente por todos quienes están facultados a hacerlo. Este voluntarismo se relaciona con el carácter subjetivo. En el control jurídico es obvio que no existe esta libertad de decidir cuándo y cómo se ejerce el control.

I.3. ¿Naturaleza jurídica o política del llamado control parlamentario?

Con el análisis de las características que permiten destacar las diferencias entre el control político y el control jurídico, es posible fundamentar cuál sería la naturaleza del control político, comúnmente conocido como control parlamentario. No obstante, comencemos revisando las ideas que han desarrollado sobre este tema algunos de los exponentes europeos.

La doctrina se divide respecto de la naturaleza y características de este control, donde el derecho y la política parecen confundirse. Algunos piensan que la naturaleza del control parlamentario es la de un control jurídico, en cambio, para otros (entre los que me incluyo), se trata de un control político. Veamos los respectivos análisis.

Las doctrinas italiana (autores como Ferrari, Galeotti) y española, en parte, (García Morillo y Santaolalla) sostienen que se trata de un control jurídico⁸. Su argumento esencial está en que si una institución es regulada por el derecho, esa institución es jurídica. Al respecto dice García Morillo, que no se puede negar la naturaleza jurídica “a fenómenos que encuentran su origen en normas jurídicas, se desarrollan conforme a lo que ellas disponen y surten, asimismo, efectos jurídicos”⁹.

⁸ O se señala al control parlamentario como una subespecie concreta del control jurídico, adscribiéndole a algún tipo específico de los controles constitucionales. Cf. J.R.Montero Gibert y J.García Morillo: *El Control Parlamentario*. Editorial Tecnos, Madrid,1984, pp.25 y ss.

⁹ J.García Morillo: *El control parlamentario del gobierno en el ordenamiento español*, Edit. Congreso de los Diputados, Madrid, 1985, p. 63, citado por Manuel Aragón Reyes, op. cit., p. 13.

En consecuencia, si el control parlamentario está regulado por la Constitución y leyes o reglamentos parlamentarios, este control debe ser entendido y considerado de naturaleza jurídica.

Personalmente creo que este argumento es bastante relativo. En efecto, en un Estado de Derecho todas las atribuciones de los órganos están establecidos sea en la Constitución, sea en las leyes o en ambos, por lo tanto todos los actos -o casi todos- que se realizan en virtud de atribuciones jurídicamente establecidas tendrían una naturaleza jurídica. Sin embargo, esta simplificación de remitirse al origen jurídico no es suficiente, es necesario examinar otros elementos.

Así, el hecho de que en un régimen parlamentario exista la disolución del parlamento dispuesta y regulada jurídicamente, no basta para establecer su naturaleza, pues, más allá de que la disolución esté instrumentalizada por el Derecho, en esta decisión priman elementos de índole política como los cálculos electorales, las cuestiones de oportunidad y otros aspectos coyunturales que son los que configuran su verdadera naturaleza. En la misma Justicia Constitucional se ha discutido su naturaleza, que para algunos es política por provenir la designación de sus miembros de órganos políticos. Y los ejemplos serían interminables.

Por otra parte, debe tenerse presente la observación que hacen los tratadistas sobre el equívoco que se produciría: si el control político o parlamentario tiene una naturaleza jurídica, significa que **la sanción le es inseparable**, lo cual no es exacto. Esta tesis llevaría a pensar que aquellos casos de control en los cuales la sanción no está contemplada en la normatividad, no

constituirían medios de control parlamentario. Así, por ejemplo, las preguntas, interpelaciones y mociones que no vinculan jurídicamente al gobierno con efectos sancionatorios. Sólo lo serían las mociones de censura o de confianza que llevan aparejada, automáticamente, la sanción.

Asimismo, si se acepta que el control político tiene una naturaleza jurídica y que incluye la sanción puede surgir el siguiente equívoco: cuando por haber mayoría favorable al gobierno sea difícil imponer la sanción esto podría considerarse como que el control parlamentario **ha perdido su eficacia.**

Entonces, para evitar el reproche de ineficacia se disocia control y sanción: la sanción no forma parte del control parlamentario. Con esta premisa se concibe al control parlamentario como la actividad de comprobación o constatación que se realiza a través de preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación, dejando de lado -como que no forman parte del control parlamentario- las mociones de censura que tienen que ver con la responsabilidad política ya que ésta apareja la sanción.

Esta idea de disociar al control de la sanción es inexacta y contradictoria. Autores como Aragón no aceptan que se separe la sanción del control, peor todavía si se sostiene que es un control de naturaleza jurídica.

Aparte del acto de examinar una conducta, el control entraña una reparación o sanción; sin el aspecto conminatorio no puede concebirse el control. Naturalmente, la teoría del control parlamentario debe tener en cuenta las

dificultades prácticas que se presentan al utilizar esta institución.

Por último, si se llega a la conclusión de que la naturaleza del control parlamentario es política y no jurídica, que se trata de un control político por excelencia, esta concepción permite dar una explicación más coherente sobre esta institución y su finalidad.

El significado propio del control parlamentario está dado por la labor de crítica y de fiscalización; sus efectos van desde la prevención hasta la remoción, pasando por diversas situaciones intermedias. Y, como control político que es, no siempre habrá sanción inmediata, pero nada impide que esta se configure en el futuro, que hayan resultados mediatos.

De lo expuesto se deduce que la remoción o destitución si bien es uno de los efectos del control político o parlamentario -y el más fuerte- no es el único ni el más común en los regímenes parlamentarios, menos aún en los sistemas presidenciales. Pues, el control se puede conducir por otras vías que no sean necesariamente las de la remoción.

II. El juicio político, un mecanismo de control

Como se dijo, la doctrina constitucional, al tratar el control político que ejerce el Poder Legislativo, señala que puede realizarse, en general, a través de: preguntas, de interpelaciones y de comisiones de investigación, aplicando en cada caso los procedimientos establecidos. A estos mecanismos se agrega el denominado juicio político.

La institución que conocemos comúnmente como juicio político es una de las formas de hacer efectivo el control político, que ejerce la Función Legislativa a los titulares de los diversos órganos del Estado, los cuales con excepción del Ejecutivo son aquellos en cuya designación el Legislativo ha coparticipado y que no están sometidos a un superior jerárquico.

II.1. Denominación

Respecto de la denominación utilizada en nuestra Constitución, como por otras latinoamericanas, consideramos que no es muy adecuado hablar de “enjuiciamiento político”, por cuanto el referirse a un “juicio” induce a error ya que se lo concibe como un proceso de carácter judicial o jurisdiccional, lo cual no es exacto, como se verá. Obviamente, el antecedente del *impeachment* inglés contribuyó a forjar esta idea.

Vale recordar que en el constitucionalismo latinoamericano y en el ecuatoriano solía utilizarse el vocablo “acusación”, que viene a ser la traducción de la palabra inglesa *impeachment*. Los tratadistas también han usado esta expresión, así Karl Loewenstein denomina “acusación política” para el tipo de control que nos ocupa.

Las constituciones ecuatorianas del siglo XIX se refirieron a “acusación”, igual ocurre con las de 1906, de 1929, de 1945, 1946 y de 1967 que utilizan la expresión “acusaciones” en plural. Fue la Carta Política de 1978-79 que trajo el término de “enjuiciamiento político” que se mantiene en la actual de 1998. En todo caso, en el último tiempo, el uso de la denominación juicio político se ha generalizado.

II.2. Antecedentes del juicio político

a) En Inglaterra:

Como es conocido, el juicio político tiene su antecedente en la institución inglesa del *impeachment*, que consiste en la acusación por actos o delitos graves que hace la Cámara de los Comunes ante la Cámara de los Lores, contra funcionarios reales. Este proceso, que se lleva a cabo en una y otra Cámara, reviste formalidades y concluye con el veredicto de los Lores, que de no ser absolutorio entraña la destitución del cargo y la inhabilitación para desempeñar otra función.

La aparición del *impeachment* se lo ubica en el siglo XIV, desde entonces fue evolucionando bajo diversas circunstancias y fue tomando sus rasgos característicos; si bien en un principio fue un procedimiento regular para cuestiones penales, luego en el siglo XVII se admitió dicho procedimiento para actos que no constituyen delito sino una falta grave que podía darse en la rendición de cuentas, en el comportamiento de un ministro, cumplimiento de funciones, etcétera¹⁰.

El proceso del *impeachment* inglés se considera que tiene un carácter judicial y esto no se ha discutido. La competencia de la Cámara de los Lores para constituirse en un tribunal de justicia encuentra sus antecedentes en los orígenes mismos de la formación del Parlamento inglés (siglo XIII).

Los Lores conformaban el *Magnum Concilium* que tenía atribuciones judiciales e integraban en número menor una segunda institución medieval: la *Curia*

¹⁰ Sobre el *impeachment*, su procedimiento y evolución puede consultarse Hood Phillips: *Constitutional and Administrative Law*, Sweet & Maxwell, Londres, 3ª ed., 1962, pp. 98 y ss.

Regis (Tribunal del Rey) cuyas reuniones eran conocidas como *Concilium Regis in Parliamentum* y que actuaba como tribunal de última instancia desde el siglo XII. Estas dos instituciones se fusionaron a fines del siglo XIII, durante el reinado de Eduardo I (1272-1307) y conformarían la Cámara de los Lores, a la que luego se incorporarían los representantes de los condados y de los burgos, los Comunes.

Con base en esta antigua práctica, los Lores constituían un tribunal para conocer las acusaciones que se interponían contra los grandes oficiales del Estado. Hasta nuestros días, la Cámara de los Lores mantiene sus atribuciones judiciales, no obstante haber sufrido serias limitaciones en sus facultades legislativas y de control del gobierno. Actualmente son once de sus miembros los Lores de la Justicia (*Law Lords*) que desempeñan las funciones de Tribunal supremo que corresponden al Parlamento¹¹.

Por último, el *impeachment* es una institución que en su país de origen ha sido utilizada esporádicamente y quienes la han examinado están acordes en señalar que en Inglaterra, en la época moderna, el *impeachment* ha declinado a partir del momento en que se adoptan las doctrinas relativas al régimen parlamentario: de la responsabilidad colectiva del Gabinete, del voto de censura y dimisión de ministros¹².

¹¹ Recuérdese el papel que correspondió a la Cámara de Lores en el caso del pedido de extradición, por la justicia española, del general Pinochet arraigado en Londres.

¹² Cf. Bernard Schwartz: *The Roots of Freedom*, Hill and Wang, New York, 1967, p. 81. Este autor señala que el *impeachment* se ha vuelto obsoleto como arma parlamentaria. Erskine May: *Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament*, Butterworth, Londres, 1964, 17a. ed., p. 39-40.

b) En los Estados Unidos:

La Constitución de los Estado Unidos recogió la institución del *impeachment*, dentro de su sistema presidencial, y estableció que la acusación la presentaría exclusivamente la Cámara de Diputados ante el Senado que juzgaría, cuyos “miembros deberán prestar un juramento o protesta” con esta finalidad.

Además, señala la norma constitucional que “el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar [...] cualquier empleo [...] de los Estados Unidos”. Lo dispuesto no impide que el funcionario pueda ser juzgado de acuerdo con la ley en los tribunales ordinarios siguiendo el trámite normal del proceso judicial. Y, en los casos en que fuere enjuiciado el presidente de los Estados Unidos el Senado debe estar presidido por el presidente de la Corte Suprema¹³.

c) En América Latina:

El constitucionalismo de América Latina que siguió de cerca el modelo norteamericano adoptó de diversas maneras la institución de la acusación política o juicio político. De manera general no se observan rasgos que lleven a pensar que esta institución tenga un procedimiento de carácter judicial y que los Congresos latinoamericanos, al iniciar un juicio político, se conviertan en órganos jurisdiccionales.

Así por ejemplo, con la única excepción de la Constitución de Argentina (que es casi idéntica a la de

¹³ Artículo I, Sección III, párrafos 6 y 7 de la Constitución de los Estados Unidos. Estas normas, con variantes, han servido de modelo a las constituciones de América Latina y, en lo esencial, también del Ecuador.

Estados Unidos), en las Constituciones de la región no se dispuso que, previo al enjuiciamiento político los senadores prestaran un juramento o protesta, que cuando se enjuicie al presidente de la República el Senado sea presidido por el presidente de la Corte Suprema. Cuestiones que, como se vio, constan en la Constitución norteamericana.

La Constitución de México, que se caracteriza por establecer el juicio político para un número considerable de “servidores públicos”, tanto federales como estatales, dispone que la Cámara de Senadores “erigida en jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente [...]” (Art. 110, párrafo quinto). Estas expresiones tienden a dar un acento jurisdiccional al juicio político.

En resumen, se puede señalar que, con las excepciones anotadas, el constitucionalismo latinoamericano guarda sus diferencias con el *impeachment* angloamericano, especialmente en lo relativo a la naturaleza del proceso, que se revela ser más político que jurisdiccional.

II.3. Caracteres y naturaleza del juicio político

Al analizar la forma en que se desarrolla el juicio político se observa que éste no tiene ni el rigor ni la certeza de un proceso judicial, en el cual hay pruebas que abonan a favor o en contra para establecer la culpabilidad del acusado. Al faltar dicho rigor en el juicio político puede dar lugar a que en un proceso posterior ante la Función Judicial, motivado por una acusación del Congreso, termine en la absolución del acusado.

No cabe duda alguna de que el juicio político se fundamenta en una buena dosis de subjetivismo de quienes juzgan, como ya se dijo al examinar el control político. Aquí, la **discrecionalidad** de los juzgadores es un elemento caracterizador. Por eso es que algunas constituciones latinoamericanas cuando señalan las causales que dan lugar al juicio político utilizan fórmulas genéricas de mucha vaguedad.

Así, por ejemplo, las siguientes fórmulas: “por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones [...]”, en Argentina (Art. 45); por “actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho”, en México (Art. 109 número 1); “por mala conducta o faltas graves en el ejercicio de sus funciones”, en República Dominicana (Art. 23 número 5); por delitos o “indignidad por mala conducta”, en Colombia (Art. 175 número 2) por actos que hayan “comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación [...]” o “notable abandono de sus deberes” en Chile (Art. 48 número 2; “por infracciones constitucionales o legales” en el ejercicio del cargo, como dice nuestra Constitución (Art. 130 número 9)¹⁴.

En el juicio político la cuestión que se juzga -con criterio político- es, de modo general, el **desempeño** de las funciones, en cuyo ejercicio puede atentarse al interés público o se puede incurrir en violaciones normativas -sea a la Constitución o a las leyes- o cometer delitos políticos o incluso comunes. Estos elementos

¹⁴ Antes de 1998, nuestro texto constitucional señalaba como causal de juicio político para el presidente y vicepresidente de la República “o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional”. Fórmula bastante genérica y ambigua.

son recogidos de diversa manera en las causales que los textos constituciones establecen.

Tratándose de delitos -políticos o comunes- tipificados en las leyes penales del Estado, resulta lógico que además del juicio político habrá que iniciar el respectivo proceso penal para determinar este tipo de responsabilidad. La mayoría de las constituciones latinoamericanas así lo disponen, lo que significa que después de resuelta la acusación política en el órgano legislativo pasará el asunto a los jueces competentes de la Función Judicial. Y, esto ocurre siempre que hayan indicios de que además de la responsabilidad política pueda existir responsabilidad penal.

De esta manera el juicio político permite establecer la responsabilidad penal y abre el camino para sustanciar el proceso penal, a que hubiere lugar. Pero lo dicho no significa que el juicio penal dependa necesariamente del juicio político, bien puede faltar éste y realizarse el primero, una vez cumplidos los presupuestos procesales que el orden jurídico de cada Estado determina, junto a otros requisitos o condiciones que aseguren la finalidad perseguida.

Del análisis efectuado se desprende que el juicio político no tiene las características propias de un proceso judicial. Que tanto el control como el enjuiciamiento o acusación que realizan los Congresos de América Latina son de **naturaleza política** con las implicaciones que de ella se derivan.

Resulta difícil aceptar que entre las atribuciones del Poder Legislativo hayan algunas de carácter jurisdiccional, pues la misma separación de poderes impide que

los órganos ejerzan indistintamente competencias que corresponde a otro y la cuestión que se examina no sería una simple coparticipación de funciones (como sucede en materia legislativa).

II.4. ¿La destitución es una sanción?

El juicio político tiene un efecto propio y principal que es la destitución y, por otro lado, produce efectos secundarios o accesorios como sería la inhabilidad o incapacidad del funcionario removido para desempeñar otro cargo público durante determinado periodo, según la gravedad de la infracción.

Algunos tratadistas consideran que en el juicio político, al ser un juicio de responsabilidad política, no se aplica ninguna sanción a los funcionarios acusados; se sostiene que la separación o destitución del cargo no es realmente una sanción. En este caso, explica Quiroga Lavié, la privación de la función pública **no es una sanción** porque las funciones públicas “no se ejercen a título de derecho subjetivo propio, sino como derecho público subjetivo, en representación de la comunidad”; por lo tanto perder una competencia (la función pública) no implica perder un bien para el sujeto que la ejerce, esto significa cesar en la representación pública de la comunidad¹⁵.

En resumen, para Quiroga y otros tratadistas, la destitución por juicio político no es en estricto sentido una pena, si fuera una pena -dicen- tendría que ser establecida por jueces; es una forma de concluir un

¹⁵ Humberto Quiroga Lavié: *Derecho Constitucional*, 3ª. Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, pp. 544 y 545.

mandato público y poner fin a un ejercicio de las competencias públicas. Sería en todo caso una sanción administrativa.

El criterio que se ha expuesto es discutible, pues como suele señalarse la responsabilidad política debe acarrear efectos, uno de ellos es la destitución -la inhabilidad puede ser otro- y aquella es una sanción de carácter político, naturalmente. Ahora bien, el asunto no es simple pues también se dan juicios políticos en que no habrían efectos -ni sanciones-; así por ejemplo, muchos creemos que en el régimen presidencial no se debe destituir vía juicio político a los ministros como sucede en el sistema parlamentario, criterio que lo recogió el Ecuador en la Constitución de 1998, por tanto para este caso no habría ningún efecto menos una sanción.

No obstante lo analizado en cuanto a la diferencia del juicio político con aquel que se realiza en el ámbito judicial, se debe dejar en claro que también en el juicio político hay que apegarse a un procedimiento pre-establecido y se debe cumplir con las garantías mínimas del **debido proceso**, tales como el derecho a la defensa, a ser notificado, a respetar determinados plazos, etcétera.

Sobre este punto, vale recordar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso denominado “Tribunal Constitucional vs. Perú”, relativo a la destitución de tres magistrados del órgano constitucional por el Congreso peruano mediante un juicio político que irrespetó las reglas del debido proceso legal, lo cual violó la Convención Americana de Derechos Humanos en sus artículos 8 y 25. En una

de las consideraciones de la sentencia la Corte Interamericana señaló:

En cuanto al ejercicio de las atribuciones del Congreso para llevar a cabo un juicio político, del que derivará la responsabilidad de un funcionario público, la Corte estima necesario recordar que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete¹⁶.

II.5. Por qué se limita la responsabilidad presidencial

El régimen presidencial, como sabemos, es un sistema unipersonal donde el presidente de la República es la cabeza del Ejecutivo y proviene de sufragio popular universal, sea en forma directa o indirecta como es el caso de los Estados Unidos.

Estas dos importantes características no pasaron desapercibidas para los constituyentes de Filadelfia, en 1787, fue un punto de reflexión sobre el cual concluyeron que el Legislativo invocando cualquier causa no podía destituir al presidente de los Estados Unidos, ya por el trastorno que provocaría la acefalía y ya porque significaba atentar a la voluntad soberana del pueblo que lo eligió como su mandatario, del mismo modo que eligieron a los legisladores pero -a diferencia de éstos-

¹⁶ Párrafo 77 de la sentencia de 31 de enero de 2001, Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú).

con un ámbito de acción mayor y una finalidad específica al ser el motor del gobierno.

En consecuencia, se resolvió limitar la responsabilidad política del presidente de la República a delitos de gravedad, frente al Congreso vía *impeachment*, en cambio hay amplitud para procesar al presidente ante la justicia ordinaria, como se vio en el caso del presidente Clinton.

Téngase presente que en el caso del sistema parlamentario la situación es diferente. En la destitución del Gabinete parlamentario no se dan aquellas dos características mencionadas, pues dada la dualidad del Ejecutivo en jefe de Estado y jefe de gobierno, la destitución de este último (con su Gabinete) no trae las implicaciones del sistema presidencial y, por otro lado, el Ejecutivo -como tal- no proviene del sufragio popular, su designación radica en el Parlamento; si bien los ministros del Gabinete son los parlamentarios elegidos en comicios populares¹⁷.

Como es conocido, este modelo presidencial fue recogido y adaptado en los países de Latinoamérica y de otras regiones. En el Ecuador, igualmente, se limitó la responsabilidad presidencial en casi todas las constituciones. De este modo procedió la Carta Política de 1967 y estableció adecuadamente la responsabilidad presidencial (Art. 191); cosa que no lo hizo la Constitución de 1978-79 sino sólo después de las reformas de

¹⁷ En aquellos países de origen parlamentario en los cuales se elige en sufragio popular al presidente de la República, por ejemplo en Francia, Austria y Finlandia, es porque se establecieron reformas tomadas del sistema presidencial y se introdujeron en su régimen parlamentario, dando como resultado un sistema de gobierno mixto: semipresidencial o semiparlamentario como quiera denominárselo.

1983 y determinó tres causales, siendo la tercera un absurdo que comenzaba diciendo “cualquier otra infracción” destruyendo de este modo la pretendida limitación de la responsabilidad presidencial.

También, vale la pena resaltar que sólo la Constitución de 1946, la de 1978-79 y la actual han dispuesto el enjuiciamiento político del vicepresidente de la República, todas las demás, incluida la de 1967, no lo consideraron sujeto de acusación política, apartándose en este punto del modelo norteamericano. También han habido constituciones que suprimieron la Vicepresidencia, y creo que tuvieron razón, como las de 1945, 1938 no promulgada, de 1929, de 1906, para no citar sino las Cartas Políticas de este siglo.

La experiencia política ha impulsado a muchos países latinoamericanos a establecer que, si al presidente de la República no se le puede fácilmente destituir, tampoco es posible iniciarle un proceso judicial con cualquier demanda; el proceso debe ser en materia penal (lo que no es nuevo) y para ello debe haber una **autorización expresa del Legislativo**¹⁸. Este criterio lo ha recogido nuestra Constitución vigente. Por otro lado, sabemos que, si en el transcurso del juicio político se ponen de manifiesto indicios de responsabilidad penal, el Legislativo dispondrá que el asunto pase a la Justicia ordinaria.

¹⁸ Vale citar el ejemplo de la anterior Constitución venezolana de 1961, donde propiamente no hubo el juicio político. La Corte Suprema establecía si había o no mérito para enjuiciar al presidente de la República, de haberlo el Senado debía autorizar para continuar con el proceso. Así fue enjuiciado y sancionado el presidente Carlos Andrés Pérez, previamente fue suspendido de sus funciones (Arts. 215.1 y 150.8).

El fundamento de este proceder radica en que el Primer mandatario está revestido de una especie de inmunidad, si ésta se da a los legisladores y a otros funcionarios con mayor razón al presidente de la República, caso contrario la oposición podría de modo fácil entorpecer la acción del Ejecutivo.

Sin embargo, no deja de llamar la atención que en los textos constitucionales, ni de los Estados Unidos ni de otros países, incluido el Ecuador, no se haya hecho constar la inmunidad presidencial de modo expreso, pero ha sido confirmado por la práctica política y ha dado lugar a lo que la doctrina llama inmunidad procesal relativa.

II.6. Jueces y juicio político

Cuando se examina en el constitucionalismo de América Latina quienes están sujetos a juicio político casi todos los Estados incluyen a los magistrados del órgano judicial de mayor jerarquía y, a veces, también a otros jueces, como lo hace México quizá con exceso, a partir de las reformas constitucionales de diciembre de 1982¹⁹.

Sobre esta cuestión, siempre fuimos del criterio que los magistrados de justicia no pueden ser sujetos de juicio político si se quiere proteger su independencia e imparcialidad, para ellos existe el control jurisdiccional que naturalmente deberá perfeccionarse. En igual

¹⁹ Ver, Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona: *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999, pp. 687 y ss.

situación están el ministro fiscal general y los miembros del Tribunal Constitucional que ejercen funciones de carácter esencialmente jurisdiccional.

La experiencia demuestra que el juicio político contribuye a debilitar al Poder Judicial cuya función -a diferencia del Ejecutivo y del Legislativo- es eminentemente técnica y jurídica. El juicio político ha sido una espada de Damocles que pende sobre las cabezas de los magistrados de la Corte Suprema y cuando en el Legislativo la actividad política pierde de vista sus altos objetivos se desprende la espada y subordina a aquellos magistrados a cálculos políticos, proselitistas y coyunturales.

Por ello, para evitar presiones e interferencias en la administración de justicia -entre otras soluciones- está la de excluir del juicio político a los magistrados de la Corte Suprema; este camino tomaron los constituyentes ecuatorianos de 1998, en buena hora. De acuerdo al viejo axioma, poder que no es independiente, no es poder.

III.El juicio político en la Constitución del Ecuador

La actual Constitución, codificada de 1998, realizó algunos cambios en las disposiciones relativas al juicio político que se habían mantenido -con reformas- desde la Constitución de 1978-79.

Estos cambios, fundados en la experiencia histórico-política, buscan adecuar la institución y son los que disponen que: la petición de juicio político provenga de un grupo de diputados; se elimina del juicio a los magistrados de la Corte Suprema; los delitos, causales

del enjuiciamiento a los dos primeros mandatarios, sean mejor puntualizados y revistan gravedad; no es necesario un enjuiciamiento penal previo pues éste puede tener lugar posteriormente; se determina la votación para la censura; y, se establece la no destitución de los ministros de Estado. Cuestiones que serán oportunamente examinadas.

III.1. Petición de juicio político

La Constitución vigente en el artículo 130 establece en 17 numerales los deberes y atribuciones del Congreso Nacional, en el número 9 se desarrolla el *enjuiciamiento político*; este precepto contiene cinco incisos, a los cuales haremos constante referencia.

En el primer inciso se determina quienes pueden pedir el juicio político, cosa que anteriormente el texto constitucional no lo había precisado por lo que se entendía que era una facultad de cualquier diputado. En 1998 se modifica este criterio y se dispone que el juicio político será solicitado por “al menos una cuarta parte de los integrantes del Congreso Nacional”.

De esta manera, se trata de evitar que este tipo de control quede al arbitrio de pocos legisladores, para ponerlo en marcha debe contarse con un número aceptable de diputados que consideren haber fundamento para realizar un juicio político. Recuérdese que los constituyentes de 1998 también buscaron que los diputados -y sus respectivos partidos o movimientos- actuaran dentro de bloques legislativos, los cuales están formados por el diez por ciento, por lo menos, de diputados del Congreso Nacional (Art. 128 de la Constitución).

III.2. Quiénes están sujetos al juicio político

Generalmente se establece que los altos funcionarios del Estado -funcionarios superiores-, que han sido nombrados por el Congreso Nacional y pueden ser removidos por éste, están sometidos a juicio político, a éstos se agregan en los regímenes presidenciales, al titular de la Función Ejecutiva, al vicepresidente de la República, cuando existe este cargo, y a los ministros de Estado.

La norma constitucional vigente señala que estarán sujetos al enjuiciamiento político el presidente y vicepresidente de la República, los ministros de Estado, el contralor general y el procurador del Estado, el defensor del Pueblo, el ministro fiscal general, los superintendentes, los vocales del Tribunal Constitucional y los del Tribunal Supremo Electoral²⁰.

Este es un listado exhaustivo, al cual no podría agregarse ningún otro funcionario cualquiera que sea su origen (de elección popular o de designación por un órgano del Estado). Como se observa, no constan los magistrados de la Corte Suprema de Justicia a quienes se excluyó del juicio político, con el propósito de impedir que estén sujetos a cualquier tipo de presión indebida -incluso por parte de los diputados- y pueda interferirse en la administración de justicia.

Esta cuestión fue debatida en la Asamblea Constituyente de 1998 y al menos se excluyó del juicio político a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia. Justamente sobre este punto se presentó una demanda de inconstitucionalidad, alegando que la Asamblea

²⁰ A los superintendentes no se los especifica seguramente con la finalidad de que si se crearen más superintendencias puedan estar todos ellos comprendidos en el juicio político; al momento hay la de Bancos, de Compañías y de Telecomunicaciones.

Constituyente no aprobó en segundo debate la antedicha exclusión y que esta modificación lo hizo la comisión a cuyo cargo estuvo la redacción final de los textos. El Tribunal Constitucional en su resolución aceptó parcialmente la demanda y suspendió “los efectos del acto legislativo realizado por la Asamblea Nacional, constante en el primer inciso del numeral 9, del artículo 130 de la Constitución, aprobada por la Asamblea Nacional el 5 de abril de 1998 [...]”²¹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional cometió un doble error: en la hipótesis de que la exclusión de los magistrados de la Corte Suprema no se hizo en el segundo debate, los constituyentes se reunieron solemnemente después, el 5 de abril de 1998, -como señala la misma resolución- y aprobaron el texto tal como fue presentado, por tanto convalidaron cualquier inclusión u omisión; pero, sobre todo, mal podía un poder constituido como es el órgano de control constitucional juzgar los actos del poder constituyente que fue la Asamblea Nacional. Muy diferente sería una demanda de inconstitucionalidad contra el Congreso Nacional (poder constituido) por no haber observado el procedimiento que manda la Constitución al realizar las reformas a la misma.

III.3. En qué momento y porqué se realiza el juicio político

Si este tipo de control tiene que ver con el desempeño del cargo público, es natural -como dice

²¹ Esta resolución fue publicada en el RO-S 168 de 13 de abril de 1999 y este es el motivo de que, a veces, los textos de la Constitución excluyan este inciso. Es lamentable decirlo pero esta decisión del Tribunal cayó en el vacío.

nuestra Carta Magna- que el juicio político pueda llevarse a cabo durante el ejercicio de las funciones, pero puede realizarse también hasta un año después de terminadas dichas funciones. Muchas veces el ejercicio del poder permite evadir los controles porque se disponen de medios para ello, por eso es necesario prolongar el tiempo en que se pueda ejercer este y otros controles.

Al respecto, hay países que establecen un periodo mayor, por ejemplo, el Perú dispone hasta cinco años después de cesar en las funciones (igual duración tiene el mandato presidencial); o menor, como Chile que establece seis meses siguientes a la expiración del cargo en caso del presidente de la República y tres meses para los demás. Otros países no dan un periodo adicional después de terminadas las funciones.

Además, este último punto recoge la tradición que constituyó el juicio de residencia durante la época colonial contra los altos funcionarios enviados por España para el gobierno de los virreinos, capitanías y reales audiencias en tierras de América. Según Tobar Donoso el juicio de residencia es una de las instituciones que dieron honra al sistema jurídico español²².

Vale preguntarse qué ocurre si quien iba a ser enjuiciado políticamente renuncia, evitando así una posible censura y destitución. Sobre esta cuestión hay que tener presente las normas constitucionales, antes de 1998 era indiferente que el funcionario haya renunciado

²² Cf. Julio Tobar Donoso: *Las Instituciones del Período Hispánico, especialmente en la Presidencia de Quito*, Editorial Ecuatoriana, Quito, 1974, pp. 218 y ss. Igualmente, Alfredo Pareja Diezcanseco: *Las Instituciones y la Administración de la Real Audiencia de Quito*, Editorial Universitaria, Quito, 1975, pp. 256 y ss.

por cuanto, además de la destitución, existía la inhabilidad para quienes fueran censurados, por tanto podía continuarse con el juicio político; alguna práctica hubo al respecto. Con las actuales normas pensamos que ya no tendría sentido -solo moral- al haberse eliminado la inhabilidad.

En cuanto a las **causales** que dan lugar al enjuiciamiento político, la Constitución de 1978-79 distinguió aquellas que eran para el presidente y vicepresidente de la República y las causales para los demás funcionarios superiores sujetos a juicio político.

Sobre las causales existe otra modificación hecha por la Asamblea Constituyente en el sentido de precisar tanto para el presidente como vicepresidente de la República, como para los demás funcionarios, las razones que motivan su enjuiciamiento político. Cabe señalar que anteriormente había una imprecisión y vaguedad extremas en este punto, se utilizaban las fórmulas genéricas que fueron mencionadas.

Recuérdese que siguiendo el modelo constitucional norteamericano, se habían establecido para el presidente las causales de traición a la Patria, cuestión que no es muy común; la de cohecho; “o cualquier otra infracción que afectare gravemente al honor nacional”, esta última causal resultaba demasiado subjetiva e imprecisa, en ella, los legisladores podían incluir cualquier situación que a su criterio afecte el honor nacional, incluso la violación de un reglamento como en algún momento se hizo con un vicepresidente de la República²³.

²³ Caso del vicepresidente Parodi que había firmado un reglamento en ausencia temporal del presidente R. Borja.

Aquello de “**cualquiera** otra infracción” era, además, contradictorio con la idea -ya analizada- de limitar la responsabilidad política del presidente de la República, quien no puede ser destituido como cualquier otro funcionario por aquellas dos razones: de ser elegido en sufragio popular universal y por la importancia del cargo en el sistema presidencial, no comparable con el parlamentario.

Con respecto al presidente y vicepresidente de la República la norma constitucional vigente dispone en el artículo 130, numeral 9, segundo inciso:

solo podrán ser enjuiciados políticamente por la comisión de delitos contra la seguridad del Estado o por delitos de concusión, cohecho, peculado y enriquecimiento ilícito.

Como se observa, en la actualidad estas causales tienen mayor objetividad. Entendemos que la causal de violar la Ley Suprema -asunto grave en un Estado democrático de Derecho- está incluida dentro de los delitos contra la seguridad del Estado, para lo cual -en este caso y en otros- puede servir de guía el Código Penal vigente.

Como se sabe, no es necesario que se **pruebe judicialmente** la comisión de los respectivos delitos, que están contemplados en el Código Penal ecuatoriano. Para aquellos que pensaban que sí debía probarse judicialmente, esto era el resultado de que previamente -al juicio político- había que realizar el juicio penal. Estas opiniones no dejaban de causar polémica y de sembrar dudas, creemos que la razón estuvo en no acudir a la doctrina sobre la materia.

Nuestro criterio en contrario lo fundamentábamos en dos premisas, que ahora son aceptadas por nuestra Carta Magna. Primero, la naturaleza del juicio político es muy diferente del juicio o proceso jurisdiccional, como ya se ha insistido al examinar la doctrina, razonamientos a los cuales nos remitimos. Segundo, justamente el juicio político permite determinar que hay hechos que acarrearán también la responsabilidad penal, en consecuencia la Función Legislativa -que por la separación de poderes no tiene atribuciones judiciales- pasa el expediente a la Función Judicial para el correspondiente proceso.

La norma constitucional vigente ha puesto término a dudas y polémicas al disponer al final del inciso segundo del número 9 del artículo 130: “No será necesario enjuiciamiento penal para iniciar este proceso”. Y, en el inciso quinto (*ibídem*), agrega:

Si de la censura se derivaren indicios de responsabilidad penal del funcionario, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento del juez competente.

Por último, para los demás funcionarios el juicio político se establece “por infracciones constitucionales o legales”, cometidas en el desempeño de sus funciones. Asimismo, se ha establecido de mejor manera el motivo o causal del enjuiciamiento político para los demás funcionarios, anteriormente se señalaba de modo muy genérico que la causal era la comisión de infracciones en el ejercicio del cargo.

En este punto, si bien la fórmula actual sigue siendo general, al menos se precisa que se trata de infracciones de carácter constitucional y también aquellas que van contra la ley. Cuestión importante que la norma

constitucional siempre señaló (antes y después de 1998) fue que estas infracciones tengan que ver con el desempeño del cargo. Alguna vez se inició y concluyó un juicio político contra un Superintendente de Bancos, por las declaraciones que había realizado en contra del Congreso Nacional, por considerárselas ofensivas, en este caso podría sostenerse que ese acto no tenía relación con el desempeño del cargo.

III.4. El procedimiento en la Constitución

Como es sabido, la norma constitucional, por razones de técnica jurídica, no entra en el detalle del procedimiento, lo cual debe hacerlo la ley, en este caso la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

La Constitución vigente se limita a señalar cuál será la **votación necesaria** para que el juicio político culmine en la censura y destitución. Esta cuestión anteriormente no constaba en el texto constitucional pero sí lo determinaba la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Para el caso del presidente y vicepresidente de la República se necesita una votación conforme de las dos terceras partes de los integrantes del Congreso Nacional, de este modo queda claro que se trata de una votación especial o calificada, como suele llamarse.

En cuanto a los demás funcionarios, la censura tiene lugar por el voto de la mayoría de los integrantes del Congreso, es decir se trata de una mayoría absoluta, hay que considerar la totalidad de los legisladores que integran el Congreso y de ese número total tendría que ser tomada la mayoría. No es pues una mayoría simple,

mitad más uno de los que están presentes, formando el quórum en una sesión determinada.

En este punto, cabe recordar el procedimiento que se da en los países latinoamericanos que tienen una estructura bicameral del Legislativo y que también se dio en el constitucionalismo ecuatoriano cuando hubo bicameralidad. Corresponde al Senado el juzgamiento político mientras que la Cámara de Diputados presenta la acusación política.

En un sistema unicameral como el nuestro obviamente aquello no puede suceder, pero sería adecuado que los diputados que presentan la acusación -al menos la cuarta parte de los integrantes del Congreso- hagan sus alegatos pero no voten para no convertirse, al mismo tiempo, en juez y parte interesada, destrozando la poca imparcialidad que puede haber en el juicio político.

III.5. El procedimiento según la Ley respectiva

Para las demás cuestiones relativas al procedimiento hay que remitirse a la **Ley Orgánica de la Función Legislativa**, este tema se encuentra tratado en el Título IV, bajo el epígrafe “Del Control Político”.

Desde ya vale señalar que este cuerpo normativo es deficiente, no solo en este tema sino en los demás, y lo que es peor no guarda conformidad con la Constitución vigente, algunas normas no podrían ser aplicadas y el número de los artículos mencionados, muchas veces, corresponden a codificaciones de textos constitucionales anteriores a 1996. Así ocurre con la numera-

ción concerniente al juicio político. Es urgente que la Comisión de Legislación y Codificación prepare un nuevo proyecto de Ley Orgánica de la Función Legislativa, verdadero cuerpo normativo que contenga el Derecho Parlamentario del Ecuador.

Resumiremos la normativa que para el enjuiciamiento político trae la Ley mencionada, comienza refiriéndose a los altos funcionarios, aunque no lo señala, luego sí hace referencia al presidente y vicepresidente de la República. El trámite es el siguiente:

Una acusación para juicio político debe concretarse por escrito ante el presidente del Congreso Nacional, las acusaciones contendrán las infracciones calificadas así por el o los legisladores interpellantes (uno por bloque), quienes podrán adjuntar pruebas.

El Presidente del Congreso recibida la acusación, sin más trámite, la remitirá en un término no mayor a tres días, a la Comisión de Fiscalización y Control Político y notificará al funcionario acusado. (Arts. 87 y 88).

La Comisión de Fiscalización y Control Político remitirá al Congreso la acusación y pruebas actuadas en el término de cinco días; durante este término el acusado podrá defenderse ante la Comisión en forma oral o escrita, igualmente actuarán los legisladores acusadores.

Si una de las partes solicita, se puede conceder un término adicional de cinco días para actuar pruebas, luego del cual en cinco días improrrogables se remitirá todo lo actuado al Presidente del Congreso Nacional. (Arts. 89 y 90).

Remitido lo actuado al Congreso y vencido el último término indicado, en los próximos cinco días y por

intermedio del presidente, los acusadores podrán plantear al Congreso la moción de censura. Vencidos los cinco días sin dicho planteamiento, los acusadores ya no podrán hacerlo y se dará por concluido el juicio político. (Art. 91).

En cuanto a la **moción de censura** (recuérdese que no es para los dos primeros mandatarios, esto se regula después) la Ley Orgánica de la Función Legislativa dispone lo siguiente:

Una vez planteada, el presidente del Congreso señalará fecha y hora para iniciar el debate, la que debe estar dentro de los cinco a diez días desde la fecha en que se planteó la moción. Si el Congreso no estuviere reunido puede convocarse a sesión extraordinaria en un plazo no mayor a treinta días (este plazo tendría que ser menor si se quiere que sirva de algo, pues las dos vacaciones del Congreso -que labora todo el año- dura un mes cada una). (Art. 92).

El artículo 93 de la referida Ley ya no puede ser utilizada cuando señala que en el caso de sesión extraordinaria, la fecha de convocatoria para este trámite puede ser prorrogada hasta sesenta días adicionales por parte del presidente a petición escrita de diez diputados. Es una norma que no guarda conformidad con la actual Constitución.

Regulación importante es la contenida en el artículo 94 que establece: el acusado ejercerá su **derecho a la defensa** en la fecha y hora señaladas, su intervención durará un lapso máximo de ocho horas, en cambio los acusadores intervendrán por dos horas cada uno y el orden para intervenir está dado por las fechas de presentación de las mociones. El acusado puede

replicar por un lapso máximo de cuatro horas, finalizada su intervención éste puede retirarse y se iniciará el **debate** en el cual podrán inscribirse todos los legisladores y expondrán por un lapso de veinte minutos. Cerrado el debate se procede a la votación.

El artículo 95 de la citada Ley se refiere a la votación que debe haber para censurar a los funcionarios y dice que la moción de censura se considerará aprobada por mayoría absoluta del total de miembros del Congreso Nacional; en el artículo 96 se agrega que la censura surtirá los efectos señalados en la Constitución, “sin perjuicio de las acciones civiles o administrativas que se atenderán al procedimiento señalado en las leyes pertinentes”. En caso de encontrar fundamento para la responsabilidad penal, se dispondrá que pase a conocimiento del juez competente.

Para el juicio político del presidente y vicepresidente de la República, la citada Ley Orgánica establece una sección aparte, donde se regula las siguientes cuestiones.

La acusación será planteada por mínimo veinte diputados (cuestión que contradice a la Constitución), quienes reconocerán su firma judicial o notarialmente; presentada ésta, se conformará la **comisión especialísima** de juicio político con un diputado designado por cada bloque (Arts. 98 y 99). En cuanto a la comisión especialísima creemos que está fuera de lugar, la Constitución actual, en el artículo 134, dispone que hayan comisiones especializadas permanentes y prohíbe la creación de comisiones ocasionales, como sería el presente caso.

La antedicha comisión remitirá un informe sobre la admisibilidad de la acusación, en el término de cinco

días, para conocimiento del Congreso en pleno, el que decidirá si admite la acusación por mayoría absoluta de todos sus miembros (Art. 99).

Admitida la acusación, ésta será sustanciada siguiendo el trámite que fue señalado para los funcionarios (previsto en los artículos 86 a 91 de la Ley en análisis); caso contrario se procederá al archivo y no se podrá volver a proponer por los mismos hechos (Art. 99).

Terminada la fase de acusación se puede presentar moción de censura con el respaldo de veinte diputados al menos (por coherencia debería ser la cuarta parte de los legisladores del Congreso), observando la formalidad establecida para la presentación de la acusación; en esta parte se aplicará lo relativo a las dos horas que tiene cada diputado para fundamentar sus acusaciones (Art. 100).

Durante el enjuiciamiento el Presidente o Vicepresidente pueden actuar por interpuesta persona a través de uno o más delegados o procuradores; los legisladores designarán a tres diputados para que sostengan los cargos (Arts. 101 y 102).

Para aprobar la censura se requiere los votos favorables de al menos las dos terceras partes de los miembros del Congreso Nacional y su resolución determinará la infracción cometida y aplicará la sanción prevista en la Constitución y será notificada en el término de tres días al enjuiciado y a los organismos del Estado que corresponda para su cumplimiento y ejecución (Arts. 103 y 104 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa).

III.6. Los efectos del juicio político

De lo que señala la norma constitucional se establece que el enjuiciamiento político se encamina a declarar la culpabilidad de quienes están sujetos a dicho enjuiciamiento y alcanzada esta declaratoria de culpabilidad se produce la censura que conlleva la **inmediata destitución**, conforme lo dispone el precepto constitucional, con la única excepción de los ministros de Estado, “cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al Presidente de la República” (inciso cuarto del número 9 del Art. 130).

¿Cuál es la razón para que la destitución no opere en el caso de los **ministros de Estado**? Como se recordará, anteriormente, en casi todas las constituciones ecuatorianas se habló de la suspensión o privación del cargo cuando la acusación procedía, incluidos los ministros de Estado. Esta cuestión se destacó en la Constitución de 1929 que tomó elementos del sistema parlamentario, allí se habló del voto de desconfianza que hacía cesar a los ministros de Estado y -como otra situación adicional- se agregó que si fueran censurados, no podían desempeñar ninguna Cartera durante dos años²⁴.

Efectivamente, la destitución de un ministro de Estado por el Congreso Nacional es un elemento propio del régimen parlamentario, extraño al sistema presidencial que rige en nuestro país. Esta es la razón principal para no aceptar tal destitución.

²⁴ Artículo 97 de la Constitución Política de la República del Ecuador dictada por la Asamblea Nacional Constituyente de 1928-29. Talleres Gráficos Nacionales. Quito-MCMXXIX.

Otro motivo es que en la experiencia ecuatoriana de muy poco ha servido destituir ministros de Estado, pues el presidente de la República no ha tomado en cuenta este hecho para cambiar de rumbo determinadas políticas, que en su momento eran objetadas por los legisladores. Estas destituciones de ministros de Estado han contribuido a polarizar las fuerzas legislativo-ejecutivo con las consiguientes pugnas, incluso han sido utilizadas para comprar conciencias y votos.

Esta experiencia política llevó a los constituyentes de 1998 a modificar la práctica anterior establecida en la Carta Política y a determinar que corresponde al presidente de la República decidir si mantiene o no en su cargo al ministro censurado en juicio político. El titular del Ejecutivo es quien los nombra y quien les remueve, no vale alterar este principio del presidencialismo, aun cuando hoy se busque combinarlo con soluciones parlamentarias.

Retomando los efectos del juicio político concluimos que es la censura y la inmediata destitución, con la excepción anotada. Como ya se mencionó, en el texto constitucional de 1998 se ha dejado de lado el otro efecto que tradicionalmente trajo el constitucionalismo ecuatoriano: la **inhabilidad** con la que se priva a los funcionarios de desempeñar cargos públicos durante determinado lapso, cuestión que es fijada por la Carta Política.

En otros países como en México la inhabilitación no tiene tiempo predeterminado, se entendería que es permanente y se refiere a “desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público” (Art. 110); en Colombia se dis-

pone como alternativa la destitución o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos (Art. 175.2); en el Perú, igualmente como alternativa, se puede inhabilitar hasta por diez años (Art. 100). Todas estas referencias son del texto constitucional respectivo.

Consideramos lamentable esta omisión y como ya se dijo si el funcionario renuncia, obviamente, no habrá destitución. Y, ahora tampoco se dará la inhabilitación. Incluso en las reformas constitucionales de 1995 se señaló que esta inhabilitación para desempeñar cargos públicos “no podrá ser inferior a un año”²⁵.

No creemos que sea posible incluir este punto en la Ley Orgánica de la Función Legislativa por cuanto la Constitución no lo dispuso, a pesar de que todas nuestras Constituciones lo establecieron de modo expreso²⁶.

III.7. Sin censura política ¿puede haber un juicio penal?

Un punto de interés que surge al tratar del juicio político está dado por la siguiente cuestión, que bien valdría intentar una respuesta: si un funcionario sujeto a juicio político no es censurado en el Congreso ¿puede ser enjuiciado penalmente por el juez competente?

Sobre esta cuestión, la Constitución actual permite encontrar alguna solución tratándose de los dos

²⁵ Letra g) del Art. 82 de la tercera codificación de la Constitución publicada en el RO 969 de 18 de junio de 1996, que recogen las reformas de 1995.

²⁶ Incluso se dispusieron inhabilitaciones temporales y perpetuas “*para obtener destinos públicos*”, como expresaba la mencionada Constitución de 1929, en su artículo 40.

primeros mandatarios de la República, cuando en el número 10 del artículo 130, a continuación de las normas sobre el juicio político, dispone que es deber y atribución del Congreso:

Autorizar, con la votación de las dos terceras partes de sus integrantes, el enjuiciamiento penal del Presidente y Vicepresidente de la República cuando el juez competente lo solicite fundadamente.

Se entiende que este caso -del proceso penal- puede darse de manera independiente del juicio político, aunque no se lo haya planteado. Y, se parte del hecho de que todo funcionario superior del Estado puede ser susceptible de **responsabilidad penal**, en consecuencia bien puede ser procesado, pero agregamos nosotros se deben cumplir ciertos requisitos o condiciones tanto por quien desempeña una alta función cuanto por la seriedad de la administración de justicia. Por estas razones, nos inclinaríamos a pensar que todos quienes están sujetos a juicio político podrían ser penalmente procesados previa autorización del Congreso, si bien con una votación de mayoría absoluta.

Para el caso de los dos primeros mandatarios queda claro que éstos pueden ser enjuiciados penalmente pero se debe cumplir con un requisito o condición, cual es de que el Congreso autorice dicho enjuiciamiento penal con votación calificada (inmunidad procesal relativa). Esta concepción que trae la Constitución de 1998 la consideramos acertada por las razones ya expuestas -en forma reiterada- respecto de que si los dos mandatarios provienen de elección popular, los procedimientos para enjuiciarlos política y penalmente deben ser rigurosos, tener ciertos condicionantes como se establece de manera precisa en el texto constitucional vigente.

En este punto, valga una digresión. Si queremos ser coherentes con lo que aprendimos y enseñamos respecto de que el pueblo es el único titular de la soberanía -dogma político que todavía no sufre modificación- debemos respetar a quienes resulten elegidos popularmente. Los únicos caminos democráticos son aquellos que el mismo Derecho, escrito en la Ley Fundamental del Estado, determina que se deben seguir para retirar el mandato popular. ¿Podrá el Ecuador del siglo XXI tomar esta perspectiva?

III.8. El órgano Legislativo: eje del control político

Bien vale concluir este breve ensayo dando una mirada al órgano que tiene la importante función del control político. Se puede afirmar, observando la evolución histórica de las civilizaciones políticas, que las asambleas legislativas nacieron y se forjaron controlando el poder que detentaba el jefe de la comunidad política. Junto a dictar la ley, que el Legislativo lo reivindicaría como prerrogativa propia, se desarrolló el control político en sus diversas formas.

Sin embargo, al finalizar el siglo XX se ha hablado de una declinación del Poder Legislativo, por múltiples razones que no vienen al caso analizar. Lo que sí está claro es que la crisis que pueda afectar a la Función Legislativa compromete también al sistema de gobierno representativo, que rige en nuestras democracias.

El Congreso Nacional ecuatoriano tiene la responsabilidad histórica de cumplir a cabalidad las dos manifestaciones eminentes de su función represen-

tativa: la legislación y el control del sistema político, todo ello con miras a una adecuada protección de los intereses públicos que son los del país.

Todo lo analizado -sobra decirlo- presupone la jerarquía moral y política del legislador. El Congreso Nacional solo funcionará y hará funcionar el sistema político en la medida en que sus legisladores sean paradigmas de moralidad, responsabilidad e idoneidad. Pues de nada valen las normas constitucionales si no se apoyan en el comportamiento ético y cívico de quienes deben dar vida a las instituciones.

En todo caso, no obstante la crisis o decadencia que pueda atravesar el Poder o Función Legislativa, ésta tiene un papel preponderante que cumplir en un sistema democrático. Ya en los albores del constitucionalismo moderno, Montesquieu advertía que el Estado llegaría a su fin en el caso de que “el poder legislativo sea más corrompido que el ejecutivo”²⁷.

Y, en el primer tercio del siglo XX, Kelsen, en un vigoroso alegato en *pro* de la democracia, vinculará el porvenir de ésta con el futuro de la institución legislativa: “La existencia de la democracia moderna - dice el maestro vienés- depende de la cuestión de si el Parlamento es un instrumento útil para resolver las necesidades sociales de nuestra era”²⁸.

²⁷ Montesquieu: “*De l'esprit des lois*”, en *Oeuvres Complètes*, Aux Editions du Seuil, Paris, 1970, p. 590 (Libro XI). Traducción del autor.

²⁸ Hans Kelsen: “*Esencia y valor de la Democracia*”, traducción de Rafael Luengo y Luis Legaz y Lacambra, Edit. Labor, Barcelona, 1977, p. 49 y 50.

Tribunales y salas contitucionales en América Latina y protección interamericana de derechos humanos

*Héctor Fix-Zamudio**

Sumario: I. Introducción. II. La creación de los organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales en América Latina. III. Tribunales constitucionales latinoamericanos. IV. Salas autónomas constitucionales. V. Jurisdicción constitucional en América Latina y la jurisdicción interamericana. VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Me es muy grato contribuir con un breve estudio en el muy merecido homenaje que se ha organizado en honor del muy destacado jurista costarricense Rodolfo Piza Escalante, que desempeñó, entre otros cargos, las elevadas funciones de Presidente y juez de la Corte Interamericana y de magistrado de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Justicia de su país. Tuve el privilegio

* Investigador Emérito del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ex Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de disfrutar de su cálida amistad y de ser testigo de su magnífica y entusiasta labor judicial, en la que ha dejado una huella imborrable. Su reciente desaparición física nos deja un testimonio invaluable de inteligencia y dedicación, que son los rasgos que caracterizan a los más distinguidos jueces contemporáneos, especialmente aquellos dedicados a impartir la justicia constitucional.

2. El ilustre homenajeado señaló con gran precisión en un documentado estudio, que se puede afirmar: “Sin ninguna exageración que la justicia constitucional es el tema central de nuestro tiempo, y nuestra contribución al Derecho del próximo milenio, o, lo que es equivalente, nuestra gran contribución a la justicia y a la libertad, y por ende al orden y la paz sociales”¹.

3. Rodolfo Piza Escalante tuvo el privilegio de tener la vivencia de dos jurisdicciones, es decir, la constitucional y la internacional, que se encuentran estrechamente vinculadas en nuestra época como lo señaló con agudeza el ilustre procesalista italiano Mauro Cappelletti, al acuñar el vocablo que ha logrado aceptación general, de *Jurisdicción constitucional supranacional*², pues como lo puso de relieve Héctor Gros Espiell, destacado internacionalista y también Ex Presidente de la Corte Interamericana, en el sentido de

¹ Cfr. “Justicia constitucional y Derecho de la Constitución”, en la obra *La jurisdicción constitucional*. San José, Editorial Juricentro, 1993, pp. 11-50.

² “Justicia constitucional transnacional”, trad. de Luis Dorantes Tamayo. En el libro del mismo autor, *La justicia constitucional (Estudios de derecho comparado)*, México, UNAM, 1987, pp. 215-242.

que: “[...] pienso y creo que no es exageración, que puede decirse que todo enfoque del tema de la jurisdicción constitucional que no tenga en cuenta la relación entre la jurisdicción constitucional y el derecho internacional y de la aplicación interna con todas sus consecuencias del derecho internacional, sería un estudio, un análisis, incompleto e inactual”³.

4. Una orientación similar, aun cuando no tan expresa como la anterior, ha seguido el muy distinguido constitucionalista costarricense Rubén Hernández Valle, quien incluye una sección de su cuidadoso y penetrante estudio sobre la jurisdicción constitucional en su país, para abordar la jurisdicción supranacional, relativa a la instancia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5. Si bien se ha observado una evolución muy dinámica en los ordenamientos latinoamericanos en relación con la creciente primacía del derecho internacional en el ámbito interno, en particular respecto a los derechos humanos, este desarrollo ha sido evidente debido a la introducción relativamente reciente de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de conflictos constitucionales en América Latina, ya que en la labor de dichos organismos se ha destacado de manera preeminente la protección de los derechos fundamentales, no sólo en el ámbito interno, sino también en la aplicación de las normas establecidas en los tratados internacionales de derechos humanos.

³ “El derecho internacional en la jurisdicción constitucional”, en la obra *La jurisdicción constitucional*, cit. *supra* nota 1, pp. 51-68.

II. La creación de los organismos especializados en la solución de los conflictos constitucionales en América Latina

6. Es preciso señalar que a partir de la independencia de las antiguas colonias españolas, los nacientes países latinoamericanos tomaron como modelos esenciales para la redacción de sus Cartas Fundamentales a las Constituciones de Estados Unidos de 1787 y a la española expedida en Cádiz en el año de 1812. Aún cuando durante algún tiempo predominó el criterio derivado de la Carta española, de encomendar a un órgano político especializado o a las Cámaras Legislativas, decidir sobre la inconstitucionalidad de las normas generales, se impuso de manera paulatina, por conducto de la influencia ejercida por la clásica obra de Alexis de Tocqueville, *La Democracia en América del Norte*,⁴ el modelo de la revisión judicial norteamericana, según el sistema de control constitucional calificado como *Americano*, de acuerdo con el cual todos los jueces ordinarios (y en ciertos ordenamientos, sólo algunos de ellos), podían decidir en los procesos concretos en los cuales conocían, sobre la conformidad de la ley aplicable con la Constitución (sistema difuso), de oficio o a petición de parte (por vía incidental), y la resolución que declarase la inconstitucionalidad de las normas generales respectivas sólo tenía efectos en el caso concreto y para las partes que hubiesen intervenido en el proceso (desaplicación)⁵.

⁴ Cuya primera edición castellana traducida por A. Sánchez de Bustamante apareció en París en 1836, y fue ampliamente conocida en Latinoamérica poco tiempo después.

⁵ Cfr. entre muchos otros, Eder, Phanor, "Judicial Review in Latin America", en *Ohio Law Journal*, 1960, pp. 570-615.

7. Sin embargo, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial se consolidó el sistema calificado como *austriaco o continental europeo*, por haberse inspirado en la Constitución Austríaca de 1920 (derogada en 1934, pero restablecida en 1945)⁶. Estos tribunales constitucionales se extendieron de manera considerable en los países de Europa Continental en la segunda posguerra, y posteriormente de manera muy dinámica y acelerada, en numerosos ordenamientos, inclusive los de aquellos países que abandonaron el modelo soviético a partir de 1989, incluyendo a la Federación Rusa y algunos que forman parte de la Comunidad de Estados Independientes, formada por aquellos que se independizaron de la antigua Unión Soviética⁷.

8. No obstante, como se ha dicho (ver *supra* párrafo 6), que en Latinoamérica predominó el modelo califica-

⁶ En dicha Carta Fundamental, como es bien sabido, influyó decisivamente el pensamiento del ilustre jurista Hans Kelsen, quien además formó parte de la comisión que redactó el proyecto de dicha Constitución, en la cual se creó un organismo jurisdiccional especializado en la solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales y que recibió el nombre de Corte Constitucional (*Verfassungsgerichtshof*). Se caracteriza por el planteamiento en *vía directa* de la inconstitucionalidad de las normas legislativas y de los actos de autoridad, ante un organismo especializado (*control concentrado*), y las resoluciones de inconstitucionalidad de las normas generales tienen efectos *erga omnes*. Cfr., entre otros, Fix-Zamudio, Héctor, *Los tribunales constitucionales y los derechos humanos*, 2ª. ed., México, Porrúa-UNAM, 1985, pp. 43-84.

⁷ Cfr. Schwartz, Herman, *The Struggle for Constitutional Justice in Postcommunist Europe*, Chicago, The University of Chicago Press, 2000; Massa, Mauro, *La giustizia costituzionale in Europa Orientale*, Padova, Cedam, 1999; Häberle, Peter, "Constitutional Development in Eastern Europe from Point of View of Jurisprudence and Constitutional Theorie", en *Law and State*, Vol. 46, pp.66-67; Fix-Zamudio, Héctor, "Estudio Preliminar" a la traducción del libro de Paolo Biscaretti di Ruffia, *Introducción al estudio del derecho constitucional comparado*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 26-28.

do como *americano*, el sistema *austríaco o continental europeo* penetró en las últimas décadas y de manera paulatina en los ordenamientos de nuestra Región, con diversos matices y modalidades, ya que se han establecido varios tribunales o cortes constitucionales, y además, lo que constituye una aportación latinoamericana a la jurisdicción constitucional, se crearon salas constitucionales autónomas en el seno de las Cortes Supremas de Justicia. Pero además, con la peculiaridad, de que contrariamente al régimen europeo, se ha conservado la facultad de los jueces ordinarios para desaplicar las normas legislativas en los casos concretos que conocen, de manera que se han creado *sistemas mixtos, duales o paralelos*, que combinan los dos grandes paradigmas⁸.

9. Dentro de la tendencia a la incorporación en los ordenamientos latinoamericanos, de los rasgos del sistema europeo, con diversos matices, sólo haremos referencia a los organismos jurisdiccionales especializados que han recibido la denominación expresa de Cortes o Tribunales Constitucionales, sin analizar la situación más compleja de aquellos que tienen desde el punto de vista material funciones predominantes de jurisdicción constitucional, como ocurre con la Corte Suprema de Justicia de México (reformas constitucionales y legales de 1988, 1994 y 1996), y el Tribunal Supremo Federal del Brasil (Constitución Federal de

⁸ Cfr. Brewer-Carías, Allan R., “La jurisdicción constitucional en América Latina”, en la obra dirigida por Domingo García Belaúnde y Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 116-161; García Belaúnde, Domingo, “La jurisdicción constitucional y el modelo dual o paralelo”, en *La Ley*, Buenos Aires, 16 de octubre de 1998, pp. 1 y ss.

1988, y las leyes sobre acción directa de inconstitucionalidad de 1999). De acuerdo con este criterio se puede señalar el establecimiento de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala (1965-1985); del Tribunal Constitucional de Chile (1970-1973-1980-1989); del Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador (1978), (modificado con la creación de una Sala Constitucional en 1996), y transformado actualmente en Tribunal Costitucional (1998); del Tribunal peruano de Garantías Constitucionales (1979), que actualmente se denomina Tribunal Constitucional (1993); de la Corte Constitucional Colombiana (1991); y del Tribunal Constitucional de Bolivia (1994). Además debe destacarse la creación de las Salas Constitucionales autónomas en las Cortes Supremas de El Salvador (1983-1991); Costa Rica (reforma constitucional de 1989); Paraguay (1992); Nicaragua (1995) y Venezuela (1999).

10. Si bien se han realizado numerosos estudios monográficos sobre los diversos organismos especializados en la solución de conflictos constitucionales en el ámbito latinoamericano que mencionaremos en el curso de este sencillo estudio comparativo, en cambio han sido escasos los análisis panorámicos que afortunadamente se han acrecentado en los años más recientes⁹.

⁹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, "Los tribunales y salas constitucionales en Latinoamérica", en la obra *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM, 1995 pp. 59-74; Brewer Carías, Allan R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", cit. nota anterior, pp. 116-161; *Una mirada a los tribunales constitucionales*, Lima, Comisión Andina de Juristas-Konrad Adenauer Stiftung, 1995; Eguiguren Praeli, Francisco, "Los tribunales constitucionales en la región andina", en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, Madrid, Centro de Estudios Políticos y

11. A) En efecto, el movimiento hacia el establecimiento de organismos jurisdiccionales especializados inspirados en el modelo europeo, se inició en el año de 1965, en cuanto la Constitución de la República de Guatemala de 15 de septiembre de 1965, estableció la *Corte de Constitucionalidad*, específicamente para conocer de los recursos de inconstitucionalidad planteados por órganos del Estado, y sus fallos, si eran estimatorios, tenían efectos *erga omnes*. No era un tribunal permanente sino que se formaba cada vez que se planteaba dicho recurso. El procedimiento estaba regulado por la Ley de Amparo, hábeas corpus y de constitucionalidad de 3 de mayo de 1966. Al carecer de permanencia y además debido a la situación de inestabilidad política y social, dicho Tribunal tuvo una pobre actuación y fue suprimido por alguno de los varios gobiernos militares que se apoderaron del Gobierno¹⁰.

12. Dicha *Corte de Constitucionalidad* fue restablecida por la Carta Fundamental de 31 de mayo de 1985, artículo 268, pero ahora de carácter permanente y de jurisdicción privativa en materia constitucional, ya que conoce esencialmente y en último grado, de tres procesos constitucionales: de exhibición personal o

Constitucionales, 2000, pp. 43-92; López Guerra, Luis, "Protección de los derechos fundamentales por la jurisdicción constitucional en Centroamérica y Panamá", en la obra *Justicia constitucional comparada*, México, UNAM, 1993, pp. 67-121; Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, Querétaro, México, 2002.

¹⁰ Cfr. García Laguardia, Jorge Mario, *La Corte de Constitucionalidad de Guatemala (orígenes y competencias)*, México, Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica, núm. 8, 1994; Fernández Segado, Francisco y García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Guatemala", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 649-685.

hábeas corpus; amparo constitucional y la declaratoria de inconstitucionalidad de las disposiciones legislativas con efectos generales. Dicho precepto fue desarrollado por la Ley de hábeas corpus, de amparo y de constitucionalidad de 8 de enero de 1986.

13. B) *El Tribunal Constitucional* chileno fue introducido a la reforma promulgada el 21 de enero de 1970 al artículo 78, h, de la Constitución anterior de 1925. Se constituyó el 10 de septiembre de 1971, de acuerdo con la regulación de los autos acordados del propio Tribunal publicados los días 29 de noviembre y 11 de diciembre del mismo año. Más que el ejemplo de los tribunales constitucionales italiano y federal alemán, se inspiró en el modelo francés del Consejo Constitucional, ya que esencialmente conocía preventivamente de las leyes aprobadas por el Congreso, y además funcionaba como un tribunal de conflictos entre los órganos del Estado. En relación con esto último dicho organismo jurisdiccional fue muy activo en la difícil época del gobierno del Presidente Salvador Allende, en conflicto permanente con el órgano legislativo¹¹. Fue suprimido por el golpe de estado militar de septiembre de 1973, pero el mismo Gobierno militar lo restableció en la Constitución de 1980, artículos 81 y 83, reglamentados por la Ley Orgánica del Tribunal expedida por la Junta Militar de Gobierno el 12 de mayo de 1981, pero con facultades disminuidas, ya que se suprimieron las atribuciones relativas a los conflictos de competencia y sólo se le otorgaron las de conocer de manera preventiva de las leyes aprobadas por el Congreso (entonces en receso), por lo que su actividad fue prácticamente nula.

¹¹ Cfr. Silva Cimma, Enrique, *El Tribunal Constitucional de Chile (1971-1973)*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, pp. 63-220.

14. Con motivo del plebiscito de 1989, que restableció el gobierno constitucional y permitió el funcionamiento del Congreso, se normalizaron las actividades de dicho tribunal, que se centran en el control preventivo de la inconstitucionalidad de las leyes de reforma constitucional, de los tratados internacionales sometidos a la aprobación del Congreso nacional, de preceptos legales y con jerarquía de ley, así como el control obligatorio de las leyes interpretativas de la Constitución o de las llamadas leyes orgánicas, así como otras de carácter secundario. El Tribunal Constitucional chileno tanto por su forma de integración como lo restringido de sus facultades, ya que no se encuentra entre sus competencias conocer en último grado de los llamados recursos de protección y de inaplicabilidad de las leyes, que se confieren a la Corte Suprema, ha sido objeto de severas críticas y de intentos de reforma constitucional que no se han logrado aprobar, ya que no resiste la comparación con la organización y atribuciones de otros organismos jurisdiccionales especializados en la región¹².

15. C) La *Corte Constitucional* colombiana fue introducida por los artículos 329 a 245 de la Constitución de 7 de julio de 1991. De acuerdo con los citados preceptos, a dicha Corte le corresponde la guarda de la integridad y la supremacía de la Constitución, por lo que conoce, por acción popular, de las cuestiones de constitucionalidad relativas a la reforma de la Ley Suprema (solo por vicios de procedimiento); de la inconstitucionalidad tanto de las leyes expedidas por el

¹² Cfr. Nogueira Alcalá, Humberto, "La jurisdicción constitucional en Chile", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 542-561.

órgano legislativo como de los decretos legislativos y los dictados con fuerza de ley por el Ejecutivo, competencias que anteriormente correspondían a la Corte Suprema de Justicia. A partir de la nueva Carta Fundamental, a dicha Corte se le encomienda la revisión de las decisiones judiciales sobre la *acción de tutela* (amparo en sentido amplio), para la protección de los derechos humanos consagrados constitucionalmente. Los preceptos anteriores fueron reglamentados por el decreto 2067 de 4 de septiembre de 1991, en el cual se establece el régimen procedimental de los procesos que deben seguirse ante la citada Corte Constitucional¹³.

16. D) Aún cuando la República del Ecuador estableció un organismo jurisdiccional especializado con la denominación de *Tribunal de Garantías Constitucionales* desde la Carta de 1945, y restablecido en las Constituciones de 1967 y de 1978, sin embargo su integración y funciones han sido ambiguas, por lo que en realidad puede decirse que con plenas facultades en materia de control de la constitucionalidad, se reguló con precisión en el texto codificado de la última de las Cartas mencionadas, que entró en vigor el 11 de agosto de 1998, con la denominación de *Tribunal Constitucional* (artículos 275-279). Esencialmente dicho orga-

¹³ Cfr. Sáchica, Luis Carlos, *Nuevo constitucionalismo colombiano*, 10ª. Ed., Santafé de Bogotá, Temis, 1992, pp. 130-135; Rey Cantor, Ernesto, *Introducción al derecho procesal constitucional. Controles de constitucionalidad y de legalidad*, Cali, Colombia, Universidad Libre, 1994, pp. 45-84; Tobo Rodríguez, Javier, *La Corte Constitucional y el control de la Constitucionalidad en Colombia*, Santa Fé de Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1996, pp. pp. 161-251; Cifuentes Muñoz, Eduardo, "La jurisdicción constitucional en Colombia", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit, *supra* nota 8, pp. 469-497.

nismo especializado conoce de un control abstracto de constitucionalidad de disposiciones legislativas; de control constitucional de actos administrativos; sobre la objeción de inconstitucionalidad que hace el Presidente de la República sobre un proyecto de ley aprobado por el Congreso; realiza un examen previo de constitucionalidad de instrumentos internacionales; resuelve los conflictos de competencias o atribuciones entre los órganos del Estado, y lo que es más importante *conoce de la última instancia sobre las acciones de hábeas corpus, de hábeas data y de amparo*¹⁴.

17. E). En la Constitución Peruana de 1979 se introdujo el *Tribunal de Garantías Constitucionales* (artículos 296-304), con facultades para conocer en última instancia de las *acciones de hábeas corpus y de amparo*, así como en forma directa de la acción de constitucionalidad, cuya decisión producía efectos generales. Las citadas disposiciones constitucionales fueron reglamentadas por la Ley Orgánica del Tribunal, promulgada el 19 de mayo de 1982 y complementadas por la Ley de Hábeas Corpus y de Amparo, promulgada el 7 de diciembre del mismo año¹⁵. El citado tribunal tuvo pocos años de actividades, y además tenía defectos de organización y de funcionamiento, por lo que conoció de manera muy restringida algunas acciones de

¹⁴ Cfr. Salgado Pesantes, Hernán, “La jurisdicción constitucional en Ecuador”, en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 573-590.

¹⁵ Cfr. Eguiguren Praeli, Francisco José, “El Tribunal de Garantías Constitucionales: las limitaciones del modelo y las decepciones de la realidad”, en *Lecturas sobre temas constitucionales*, Núm. 7, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1991, pp. 48-58; Valle Riestra, Javier, “El fracaso de la Constitución”, en *Lecturas constitucionales andinas* Lima, Comisión Andina de Juristas, 1992, pp. 20-23; Borea Odría, Alberto, *Las Garantías constitucionales: hábeas corpus y amparo*, Lima, Libros Peruanos, 1992, pp. 407-425.

inconstitucionalidad interpuestas por varios senadores y diputados sobre problemas de carácter electoral en relación con los votos preferenciales, nulos y en blanco¹⁶, pero la mayor parte de los asuntos que decidió se refirieron a *la última instancia de las acciones de hábeas corpus y de amparo*.

18. Dicho tribunal fue suprimido por el autogolpe del Presidente Fujimori de 5 de abril de 1992, pero en la nueva Constitución aprobada en referéndum de 31 de octubre de 1993, se creó el *Tribunal Constitucional* (artículo 202), el que fue reglamentado por la Ley Orgánica de dicho Tribunal de 23 de diciembre de 1994, y publicada el 10 de enero de 1995. Se conservaron las facultades del anterior organismo especializado en cuanto al conocimiento de las acciones de inconstitucionalidad con efectos generales, de los conflictos de competencias constitucionales, y además de *la última instancia de las tradicionales acciones de hábeas corpus y de amparo, a las que se agregaron nuevos instrumentos tutelares de las acciones de hábeas data, populares y de cumplimiento*. Dicho tribunal tuvo muchos problemas para su funcionamiento si se toma en cuenta que para declarar la inconstitucionalidad de normas generales se requerían seis de siete votos. Además, tres de sus magistrados fueron destituidos de manera ilegal por el Congreso, y tuvieron que ser reintegrados en cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁷. Con la expulsión del anterior Presidente Fujimori se estableció un

¹⁶ Cfr. Valle Riestra, Javier, *El Tribunal de Garantías Constitucionales. El caso de los votos nulos y blancos*, Lima, Labusa, 1986.

¹⁷ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de enero de 2001, *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*.

gobierno provisional que fue sustituido por un nuevo gobierno electo democráticamente, es factible que se modifique la legislación a fin de que el Tribunal pueda tener una función equiparable con otros organismos especializados de la región¹⁸.

19. F) *El Tribunal Constitucional* de Bolivia es el más reciente de los establecidos en Latinoamérica, ya que fue creado en la reforma constitucional artículo 116 de la Carta Fundamental, de 11 de agosto de 1994, pero inició sus funciones hasta junio de 1999, en virtud de que su Ley Reglamentaria, número 1836, fue promulgada el primero de abril de 1998, en las que se otorgan a dicho organismo jurisdiccional especializado facultades en cuestiones constitucionales, que abarcan esencialmente el conocimiento de la acción abstracta de inconstitucionalidad; conflictos de competencias o controversias entre los órganos del Estado; recursos contra tributos y otras cargas públicas; de las impugnaciones del poder ejecutivo a las resoluciones camerales, prefecturales y municipales; pero destacan la *resolución definitiva de los recursos de hábeas corpus y de amparo constitucional*, ya que en estas materias la sentencia del tribunal o juez competente debe elevarse de oficio al citado Tribunal Constitucional¹⁹.

¹⁸ La bibliografía es amplia por lo que nos limitamos a citar algunos estudios significativos: García Belaúnde, Domingo, "Garantías constitucionales en la Constitución peruana de 1993", y Danós Ordóñez, Jorge, "Aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional", ambos en *La Constitución de 1993. Análisis y comentarios*, Lecturas sobre temas constitucionales, 10, Lima, Comisión Andina de Juristas, 1994, pp. 253-264 y 283-296, respectivamente; García Belaúnde, Domingo, "La jurisdicción constitucional en Perú", en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 827-854.

¹⁹ Cfr. Harb, Benjamín Miguel, "La jurisdicción constitucional en

IV. Salas autónomas constitucionales

20. Además de los mencionados organismos jurisdiccionales especializados, en varios ordenamientos, como una innovación a la jurisdicción constitucional latinoamericana, se establecieron *Salas Constitucionales*, dentro de las respectivas Cortes o Tribunales Supremos, pero con autonomía para dictar sus fallos. En esta dirección podemos citar:

21. A) Como la más dinámica aun cuando no la primera en el tiempo, se debe señalar a la *Sala Constitucional* de Costa Rica, la que fue establecida en la reforma constitucional de 1989 a los artículos 10 y 48 de la Carta Fundamental de 1949, regulados por la Ley de Jurisdicción Constitucional de 11 de octubre del citado año de 1989. Es preciso destacar que uno de los principales promotores de estas modificaciones constitucionales y legales fue precisamente Rodolfo Piza Escalante. En esencia corresponde a la propia Sala la declaración de inconstitucionalidad con efectos generales, de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos a derecho público, pero además, el conocimiento en *única instancia de los recursos de amparo y de hábeas corpus*, los cuales proceden también para la protección de los derechos humanos

Bolivia”, y Fernández Segado, Francisco, “La jurisdicción constitucional en la reforma de la Constitución de Bolivia de 1994”, ambos en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 333-354 y 355-385, respectivamente; Rivera Santibáñez, José Antonio, “El control constitucional en Bolivia”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 3, Madrid, Centro de Estudios Político y Constitucionales, 1999, pp. 205-237, pp. 205-237; Francisco Fernández Segado, *La jurisdicción constitucional en Bolivia (Ley número 1836, del 1º de abril de 1998, del Tribunal Constitucional)*, México, Centro de Estudios Constitucionales México-Centroamérica, núm. 40, México, UNAM, 2002.

establecidos en los instrumentos internacionales aplicables en Costa Rica. La jurisprudencia de esta Sala en los años que lleva de funcionamiento es muy abundante e innovadora, que puede calificarse de impresionante, en especial en el campo de la tutela de los derechos humanos²⁰.

22. B) La Constitución de El Salvador de 15 de diciembre de 1983, creó la *Sala Constitucional de la Corte Suprema*, que fue perfeccionada por reforma de 31 de octubre de 1991, con motivo de los Acuerdos de Paz entre el Gobierno y el Frente Farabundo Martí. Actualmente está regulada por los artículos 174 a 183 de la citada Carta Fundamental, reglamentados por la Ley de Procedimientos Constitucionales de 1960, con varias reformas posteriores. Conoce dicha Sala esencialmente de la acción popular de inconstitucionalidad, con efectos generales; el control previo en el proceso de formación de la ley por controversia entre los órganos legislativo y ejecutivo, pero las competencias más significativas se refieren al conocimiento en única instancia del *proceso de amparo*, y en revisión (en realidad, apelación), del *proceso de hábeas corpus o de exhibición de la persona*²¹.

23. C). En el artículo 260 de la Constitución de Paraguay de 1992, se estableció también una *Sala*

²⁰ Cfr. Hernández Valle, Rubén, *La tutela de los derechos fundamentales*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1990; *Id. Derecho procesal constitucional*, San José, Costa Rica, Editorial Juricentro, 1995; *Id.*, “La jurisdicción constitucional en Costa Rica, en el libro *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 499-531; Piza Escalante, Rodolfo, “Justicia constitucional y derecho de la Constitución”, cit. *supra* nota 1, pp. 11-50..

²¹ Cfr. Anaya Barraza, Salvador Enrique, “La jurisdicción constitucional en El Salvador”, en la obra *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, cit. *supra* nota 8, pp. 591-624.

Constitucional, pero con funciones bastante modestas: en primer término posee la facultad de conocer y resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y de otros procedimientos normativos, pero únicamente puede declarar la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a la Constitución en cada caso concreto, por lo que el fallo sólo tiene efectos para las partes; decidir sobre la inconstitucionalidad de las sentencias definitivas o interlocutorias, declarando la nulidad de las que resulten contrarias a la Constitución. El procedimiento puede iniciarse por vía de acción ante dicha Sala Constitucional y por vía de excepción ante cualquier instancia, en cuyo caso se elevarán los antecedentes a la Sala²². Como puede observarse dicha Sala carece de competencia para conocer y decidir en último grado sobre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales.

24. D) En las reformas constitucionales de 1995 a la Constitución de Nicaragua de 1987, se introdujo una *Sala de lo Constitucional* en la Corte Suprema de Justicia, que conoce del recurso directo por inconstitucionalidad, que de ser declarado fundado produce efectos generales para el futuro; del recurso de inconstitucionalidad en casos concretos, pero en los cuales dicha Sala puede hacer una declaración general de inaplicabilidad para los casos similares; y de manera importante, también debe resolver de *manera directa el recurso de amparo y por vía de queja, el recurso de exhibición personal*. Todos estos procesos están

²² Cfr. Cfr. Lezcano Claude, Luis, “El control de constitucionalidad sobre actos de los poderes legislativo y ejecutivo en el Paraguay”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 4, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 221-241.

regulados por la Ley de Amparo publicada el 20 de diciembre de 1988²³.

25. E) En la nueva Constitución de Venezuela de 1999, también se establece una *Sala Constitucional* en los artículos 334 y 336 de dicha Carta Fundamental, la que está situada dentro del Tribunal Supremo de Justicia, a la que corresponde el control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, por lo que tiene la facultad de declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley. De acuerdo con el inciso 10 de este último precepto corresponde a dicha Sala *revisar las sentencias de amparo constitucional* y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los tribunales de la República (control difuso)²⁴.

26. De la breve descripción que hemos hecho de los organismos jurisdiccionales especializados en el conocimiento y resolución de los procesos constitucionales, se desprende que la mayor parte de los establecidos en los ordenamientos latinoamericanos conocen y deciden, ya sea directamente (como en Costa Rica y en algunos supuestos, en El Salvador y Nicaragua), o bien en última instancia, los instrumentos tutelares de los derechos humanos, como son los relativos al amparo en sentido amplio, al hábeas corpus o exhibición personal, y donde existen también algunos

²³ Cfr. Escobar Fornos, Iván, *Derecho Procesal Constitucional. La Constitución y su defensa*, Managua, 1999.

²⁴ Cfr. Brewer Carías, Allan R., *El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 2000.

procesos tutelares específicos como el hábeas data, las acciones populares y la de cumplimiento.

27. Si bien los citados Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales poseen facultades para conocer y resolver cuestiones relativas a la constitucionalidad de disposiciones legislativas o conflictos de competencia o de atribución de los poderes públicos, sus atribuciones más importantes son las relativas a la decisión final de los instrumentos de protección de los derechos humanos, esencialmente el amparo y el hábeas corpus, y las estadísticas que se han publicado demuestran que el mayor número de asuntos, en un porcentaje muy elevado (como ha ocurrido también en otros organismos especializados en otras regiones del mundo), se refieren a estos instrumentos tutelares, por lo que no resulta exagerado sostener que se han convertido en *tribunales, cortes o salas constitucionales de derechos humanos*. En esta dirección resaltan los estudios realizados por la Comisión Andina de Juristas respecto de los procesos de amparo y de hábeas corpus²⁵.

28. De dichos estudios se llega a la conclusión de que de esos organismos jurisdiccionales especializados únicamente el Tribunal Constitucional Chileno y la Sala Constitucional de Paraguay carecen de facultades para decidir en último grado dichos instrumentos protectores y se encuentran en una situación de desventaja en esta materia, respecto de los otros organismos latinoamericanos que hemos mencionado. En esta dirección es

²⁵ Cfr. *Los procesos de amparo y hábeas corpus. Un análisis Comparado*, de la serie Lecturas Constitucionales Andinas, 14, Lima, 2000.

muy útil el análisis comparativo que ha realizado la Comisión Andina de Juristas sobre la situación de la jurisdicción constitucional en dicha Región, la que avanzado de manera considerable en los últimos diez años, con las excepciones que hemos señalado²⁶.

29. Por ello resulta significativo que los juristas chilenos hayan insistido en la necesidad de modificar las disposiciones constitucionales y legales que regulan al Tribunal Constitucional, e inclusive se han presentado iniciativas de reforma que no han podido prosperar, y, por el contrario, se ha tratado de regular el recurso de protección, que equivale al amparo, por medio de autos acordados de la Corte Suprema de Justicia, a quien corresponde conocer en último grado de este instrumento, pero sin tener facultades para ello, de acuerdo con la doctrina. Desde nuestro particular punto de vista, cuando existe un tribunal especializado, al mismo le correspondería decidir en última instancia los instrumentos de protección de los derechos fundamentales, de acuerdo con la regla general que se ha impuesto en la mayoría de los ordenamientos latinoamericanos²⁷.

V. Jurisdicción constitucional latinoamericana y jurisdicción internacional.

30. Uno de los sectores en los cuales se advierte una evolución dinámica en la actividad de los organismos

²⁶ Cfr. *Crisis de la democracia en los Andes*, Lima, Comisión Andina de Juristas, enero de 2001, pp. 119-129.

²⁷ Cfr. Algunas consideraciones críticas, aun cuando no tan radicales como las nuestras. Nogueira Alcalá, Humberto, "El recurso de protección en Chile", en *Anuario Iberoamericano de Justicia*

jurisdiccionales especializados es el relativo a la creciente y concurrente relación entre dichos organismos y los de carácter internacional²⁸. No debe olvidarse que dichos organismos internacionales sólo tienen una *función complementaria y subsidiaria* respecto de la protección jurídica de los derechos fundamentales por parte de los Estados Nacionales. Por otra parte, los tribunales internacionales no pueden decidir sobre la constitucionalidad de los actos o de las normas generales de los ordenamientos internos, ya que esa función corresponde de manera exclusiva a los organismos jurisdiccionales nacionales, en cuanto los primeros sólo tienen la facultad de decidir si dichos actos o normas generales están de acuerdo, o por el contrario, infringen las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos.

31. Al respecto, la doctrina ha señalado que las decisiones de los organismos jurisdiccionales de carácter internacional, no sólo influyen en los casos concretos de los cuales conocen y que deben ejecutarse en el ámbito interno,²⁹ sino que la trascendencia más importante se refiere a la jurisprudencia de dichos tribunales, la cual se aplica cada vez con mayor

Constitucional, núm. 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 157-179.

²⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales”, aparecido primeramente en la obra *Transnational aspects of Procedural Law*. International Association of Procedural Law. X World Congress of Procedural Law, Taormina, Italia, 17-23 September 1995. *General Reports*, Università di Catania, Milano, Giuffrè Editore, 1998, tomo I, pp. 181-311, reproducido en la obra del mismo autor, *Justicia Constitucional, Ombudsman y Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2001, pp. 622-636.

²⁹ Cfr. Ruíz Miguel, Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1977.

frecuencia por los tribunales internos en los casos similares a los resueltos por los primeros, ya que éstos deben tutelar no sólo los derechos fundamentales consagrados por los ordenamientos constitucionales, sino también los establecidos por los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por los Estados correspondientes (ver *supra* párrafos 2-4)³⁰.

32. Si nos concentramos en la jurisdicción constitucional latinoamericana, es evidente que si bien la mayoría de los Estados de la región han reconocido expresamente y de manera general la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, -por lo que ésta se ha convertido en la realidad, en una *Corte Latinoamericana de Derechos Humanos*-, y se considera que, por otra parte, los Estados Unidos y Canadá no han ratificado la Convención Americana y están muy lejanas en someterse a la competencia jurisdiccional de la citada Corte Interamericana, podemos afirmar que la jurisprudencia de dicha Corte Interamericana, en primer lugar, y, en segundo término, la sustentada por la Comisión Interamericana, se aplican de manera constante y cada vez con mayor vigor por la jurisdicción constitucional latinoamericana, en su creciente labor de proteger los derechos fundamentales establecidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por los Estados de la región³¹.

³⁰ Cfr. Cançado Trindade, Antônio, “Interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en la protección de los derechos humanos”, en la obra *El juez y la defensa de la democracia. Un enfoque a partir de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Comisión de las Comunidades Europeas, 1993, pp. 233-270.

³¹ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, *México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 2ª. ed., México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999; Ferrer Mac-Grégor, Eduardo, “La Corte

33. En efecto, en la actualidad, veintiún países de los veinticinco que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se han sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana, los que citamos por orden alfabético así como el año de ese reconocimiento: Argentina (1985); Barbados (2000); Bolivia (1993); Brasil (1998); Colombia (1985); Chile (1990); Costa Rica (1980); Ecuador (1995); El Salvador (1995); Guatemala (1987); Haití (1998); Honduras (1981), México (1998); Nicaragua (1991), Panamá (1990), Paraguay (1993), Perú (1981), República Dominicana (2000); Suriname (1987); Uruguay (1985) y Venezuela (1981). Debe hacerse la aclaración de que Trinidad y Tobago se había sometido a la competencia jurisdiccional de la Corte Interamericana en 1991, pero denunció la Convención Americana el 26 de mayo de 1998 y, después de haber transcurrido el año que establece el artículo 78 de la citada Convención, actualmente ha quedado sin efecto ese reconocimiento³².

34. La doctrina ha hecho mención de la tendencia creciente en los ordenamientos latinoamericanos para la aplicación de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito interno, como se ha dicho, de manera pre-

Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional)"; García Ramírez, Sergio, "El futuro del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos", y Hitters, Juan Carlos, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Veinte años de vigencia)," los tres en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, 2001, pp. 703-717, 718-743 y 745-781, respectivamente.

³² Cfr. *Documentos básicos en materia de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano (Actualizado a mayo de 2001)*, Washington D.C., Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2001, pp. 51-66.

ferente la establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³³ pero también debe señalarse que la propia Corte Interamericana ha tomado en cuenta el derecho interno de los ordenamientos latinoamericanos para las decisiones y opiniones que ha pronunciado,³⁴ lo que significa, como lo hemos señalado anteriormente, que existe una influencia constante y recíproca entre los tribunales nacionales y la jurisdicción internacional³⁵.

35. Aún cuando no con la misma intensidad, podemos señalar que también ha tenido influencia en los organismos jurisdiccionales internos la jurisprudencia establecida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que son numerosos los países de Latinoamérica que han ratificado el Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de la propia Naciones Unidas, y por tanto se han sometido

³³ Al respecto, es de gran importancia la recopilación de los criterios jurisprudenciales de la citada Corte Interamericana de Derechos Humanos, realizada por el actual juez mexicano de dicho organismo jurisdiccional, el destacado jurista García Ramírez, Sergio, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, UNAM, 2002, que contiene tanto los criterios establecidos en los asuntos contenciosos, como los sentados en las opiniones consultivas de dicho tribunal.

³⁴ Cfr. El excelente análisis realizado por el destacado internacionalista, que también fue Presidente y juez del la citado tribunal, Gros Espiell, Héctor, “Algunas cuestiones relativas al derecho interno en la jurisprudencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la obra *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 3, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, pp. 349-371.

³⁵ Cfr. el documentado estudio de Ayala Corao, Carlos M., quien fuera miembro y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”; con un planteamiento similar, el jurista mexicano, Ferrer Mac-Grégor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del derecho procesal constitucional”, ambos estudios en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, cit. *supra* nota 31, pp. 605-663 y 703-717, respectivamente.

a las recomendaciones de dicho Comité, inclusive en cuanto a las reclamaciones individuales, pero también respecto de los criterios generales que en varios aspectos ha establecido dicho organismo, que si bien no puede considerarse como jurisdiccional en sentido estricto, posee funciones parajudiciales de instrucción, de cierta manera similares a las de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos³⁶.

36. En esta dirección de la influencia de la jurisprudencia de los organismos internacionales en las decisiones de los tribunales internos, podemos señalar como ejemplos a la Corte Suprema de Argentina y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica. Por lo que respecto a la primera inclusive con anterioridad a la reforma constitucional de agosto de 1994, que elevó a rango constitucional algunos instrumentos internacionales de derechos humanos. En efecto en el año de 1992, la Corte Suprema de Argentina resolvió dos asuntos importantes, los casos *Emekdjian* y *Servini de Cubría*, en los cuales la citada Corte Suprema estableció que en principio la Convención Interamericana de Derechos Humanos, conocida también como “Pacto de San José”, debía considerarse como *self executing*, y por lo tanto, dicho instrumento tenía una jerarquía superior al derecho interno y era obligatorio para los tribunales argentinos. En el primer caso, resuelto el 7 de julio del citado año de 1992, se aplicó el criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva número 7,

³⁶ Cfr. entre otros, Steiner, Henry J., “Individual Claims in a World of Massive Violations: What Role for the Humans Rights Committee?”, en la obra *The Future of Human Rights Treaty Monitoring*, editada por Philip Alston y James Crawford, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 15-53.

resuelta el 29 de agosto de 1987, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, sobre la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta previsto por el artículo 14 de la Convención Americana³⁷.

37. También se puede citar en vía de ejemplo la sentencia número 2313 resuelta por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica el 9 de mayo de 1995, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Róger Ajún Blanco. Dicha Sala Constitucional, que ha aplicado con frecuencia de manera directa preceptos de la Convención Americana así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana que ha interpretado varios de dichos preceptos, estableció en ese fallo que era obligatorio para el Gobierno de Costa Rica el criterio establecido por la citada Corte Interamericana al resolver el 13 de noviembre de 1995 la opinión consultiva número 5 sobre la colegiación obligatoria de los periodistas en relación con el artículo 13 de dicha Convención, ya que dicha opinión consultiva, en la que se sostuvo el criterio de que era violatoria del citado precepto de la Convención la colegiación obligatoria de los periodistas para ejercer dicha profesión, fue solicitada por el Gobierno de Costa Rica. Según dicha Sala Constitucional, la mencionada opinión consultiva “no puede menos que obligar al país que puso en marcha mecanismos complejos y costosos del sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos”³⁸.

³⁷ Cfr. Buergenthal, Thomas, “International Tribunals and National Courts. The Internationalization of Domestic Adjudication”, en *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heidelberg, 1995, pp. 687-703.

³⁸ Cfr. Fix-Zamudio, Héctor, “Las relaciones entre los tribunales nacionales y los internacionales, cit. *supra* nota 28, p. 635; Navarro

38. Esta tendencia ha evolucionado de manera creciente, y se ha convertido en una práctica generalizada la aplicación por los tribunales internos latinoamericanos, de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos fundamentales, especialmente la de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³⁹, aún cuando pueden señalarse en este sentido como los más activos, la Corte Suprema Argentina, el Tribunal Constitucional Colombiano y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, pero lo anterior no significa que sean los únicos, ya que otros organismos jurisdiccionales especializados latinoamericanos también han tomado en consideración y de manera creciente, la citada jurisprudencia internacional.

39. Al respecto podemos citar la Corte de Constitucionalidad de Guatemala⁴⁰, la anterior Corte

del Valle, Hermes, *Derechos humanos y Sala Constitucional*, San José de Costa Rica, Universidad Autónoma de Centro América, 1996. En el índice analítico, el autor señala los numerosos preceptos de los instrumentos internacionales que habían sido aplicados hasta ese momento por dicha Sala Constitucional, pp. pp. 421-424.

³⁹ Debe destacarse que la doctrina invoca para considerar obligatoria la jurisprudencia de los dos organismos de protección del sistema interamericano, es decir la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo dispuesto por el artículo 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo con el cual: "Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1º. (que se refiere a la obligación de los Estados a respetar los derechos consagrados por dicha Convención), no estuviese ya garantizado por medidas legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o *de otro carácter* (en esta última frase quedaría comprendida la jurisprudencia), que fueren necesarias para hacer efectivo tales derechos y libertades". Cfr. entre otros, Ayala Corao, Carlos, "Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional", cit. *supra* nota 35, pp. 624-636.

⁴⁰ Cfr. Colmenares, Carmen María de, "Aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno de

Suprema de Venezuela (sustituida actualmente por el Tribunal Supremo, ver *supra* párrafo 25),⁴¹ e inclusive el Tribunal Constitucional Chileno, que como hemos dicho es el que tiene facultades menos significativas en la tutela de los derechos fundamentales⁴².

40. Además, la doctrina considera que además del derecho de amparo constitucional, ha surgido un *derecho de amparo internacional*, que significaría una continuación de las instituciones nacionales de esa denominación consideradas en su sentido amplio, es decir, que comprendieran también el *mandado de segurança*, el recurso de protección y la acción de tutela, y algunos de carácter específico, particularmente el *hábeas data*, ya que una vez agotados los recursos internos, puede acudirse a los órganos protectores internacionales de los derechos humanos. Así lo ha sostenido la doctrina española, la que considera que existen tres instrumentos sucesivos en el ordenamiento de su país, en primer lugar *el recurso de amparo ordinario*, que se plantea por los afectados ante los tribunales ordinarios, de acuerdo con un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y contra las resoluciones dictadas por dichos tribunales, procede el *recurso de amparo constitucional* ante el Tribunal Constitucional (artículo 53, inciso 2, de la Carta Fundamental). Finalmente, una vez cumplidas

Guatemala”, en la obra *Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional*, núm. 5, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pp. 67-90.

⁴¹ Cfr. Ayala Corao, Carlos “Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, cit. *supra* nota 35, pp. 640-644.

⁴² Cfr. Zapata L, Patricio, *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Santiago de Chile, 1994.

estas dos etapas, si no se considera que se ha obtenido el respeto de los derechos fundamentales que se consideran infringidos, procedería, en su caso, la reclamación, anteriormente ante la Comisión Europea, y a partir de noviembre de 1998, directamente ante la Corte Europea de Derechos Humanos. Esta tercera etapa puede considerarse como el ejercicio de un *recurso de amparo internacional*⁴³. Debemos tomar en consideración que el gran jurista italiano Mauro Cappeletti había planteado la posibilidad de un *recurso de amparo de carácter individual a nivel supranacional*⁴⁴.

41. En esta misma dirección se ha estimado por la doctrina latinoamericana, que una vez que se hubiesen agotado los medios de protección internos, agrupados, como se ha dicho, en el recurso de amparo considerado en sentido amplio, se puede acudir ante los organismos tutelares del sistema interamericano de los derechos humanos, es decir, en primer lugar ante la Comisión Interamericana, por conducto de lo que puede calificarse como *derecho de amparo latinoamericano*, el que eventualmente puede llegar al conocimiento y decisión de la Corte Interamericana, por conducto de la demanda que en su caso promueva la Comisión ante dicho Tribunal (artículos 50 y 51 de la Convención Americana)⁴⁵.

⁴³ Cfr. Gimeno Sendra, Vicente y Garberí LL, José, *Los procesos de amparo ordinario, constitucional e internacional*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 237 y ss.

⁴⁴ “La justicia nacional y supranacional”, en su libro *Dimensiones de la Justicia en el Mundo Contemporáneo*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, Porrúa, 1993, pp. 63-78.

⁴⁵ Cfr. Ayala Corao, Carlos, *Del amparo constitucional al amparo interamericano como institución para la protección de los derechos humanos*, Caracas-San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos-Editorial Jurídica Venezolana, 1998, esp. pp. 75-90. *Id.*

VI. Conclusiones

42. Con apoyo en las breves reflexiones que hemos hecho con anterioridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

43. *Primera.* En los ordenamientos constitucionales latinoamericanos expedidos con posterioridad a su independencia, imperó durante mucho tiempo, pero con bastantes modalidades, el llamado “sistema americano de justicia constitucional”, apoyado en la revisión judicial de origen norteamericano, que implicaba un control difuso, incidental y constitutivo, en el sentido de que todos los jueces ordinarios o algunos de ellos podían declarar en los procesos concretos de los cuales conocían la inconstitucionalidad de las normas generales contrarias a la Carta Federal, pero sólo con efectos en dicho caso concreto y con efecto exclusivo para las partes. Con posterioridad a la segunda guerra mundial, período en el cual se observa en Europa Occidental un resurgimiento vigoroso del calificado como “sistema austríaco o europeo”, que surgió en la Carta Federal austríaca de 1920, con la creación de la Corte Constitucional como organismo jurisdiccional especializado en la resolución derivada de la aplicación de las normas fundamentales, que fue restablecida en el año de 1945, ya que de acuerdo con ese modelo, pero también con modalidades diferentes, se crearon numerosos Tribunales y Cortes Constitucionales en Europa

“Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos”. Criterio similar sustenta el jurista mexicano Ferrer-MacGregor, Eduardo, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete constitucional (Dimensión transnacional del Derecho Procesal Constitucional)”, estos dos últimos estudios en la obra *Derecho Procesal Constitucional*, cit. *supra* nota 31, pp. 644-662 y 703-717, respectivamente.

Continental, como un control concentrado, principal y declarativo, que posteriormente se extendió a los países que se separaron del modelo soviético a partir de 1989, e inclusive en la actual Federación de Rusia y en varios países de la Comunidad de Estados Independientes que se separaron de la antigua Unión Soviética.

44. *Segunda.* A partir de los años sesenta, varios ordenamientos latinoamericanos introdujeron organismos jurisdiccionales especializados en la solución de conflictos constitucionales, de acuerdo con el paradigma europeo, pero no abandonaron el modelo americano, sino que combinaron ambos sistemas, con la que crearon regímenes de justicia constitucional *duales o paralelos*. En esta dirección podemos señalar a los Tribunales o Cortes Constitucionales de Guatemala, Chile, Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia.

45. *Tercera.* Asumen también una gran importancia las Salas Constitucionales de carácter autónomo, establecidas en los ordenamientos constitucionales de El Salvador, Costa Rica, Paraguay, Nicaragua y Venezuela, que deben considerarse como una innovación de la justicia constitucional latinoamericana. Las atribuciones predominantes y la práctica tanto de los Tribunales como de dichas Salas Constitucionales se han orientado hacia la tutela en única o última instancia de los derechos fundamentales tanto internos como los de fuente internacional.

46. *Cuarta.* También se ha incrementado la protección de los derechos fundamentales de la jurisdicción constitucional latinoamericana, en cuanto se observa la tendencia cada vez más vigorosa de que una vez agotada dicha jurisdicción, se acude a la

jurisdicción internacional, que en el caso de América Latina radica en la Comisión y particularmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos, instancia que la doctrina ha calificado como *amparo internacional*. Pero con independencia de las decisiones de la jurisdicción interamericana, ésta ha influido también en la aplicación cada vez más frecuente de la jurisprudencia de esos organismos internacionales de tutela de los derechos humanos, por parte de los jueces nacionales y, en última instancia, por los tribunales especializados en la solución de conflictos constitucionales.

Algunas ideas sobre la noción de “orden jurídico” y la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Julio A. Barberis

1. Conocí personalmente a Rodolfo Piza Escalante en el Congreso del Instituto hispano-luso-americano de Derecho internacional que se celebró en San José (Costa Rica) en marzo de 1985. Venía precedido de un enorme prestigio y la ponencia que entonces presentó ocupó el interés de todos los miembros del Congreso¹. Ella consistía en una nueva exposición de la teoría de las fuentes del Derecho de gentes. La tesis me interesaba especialmente pues yo había publicado unos años antes un libro sobre el tema. Recuerdo haber intercambiado opiniones sobre distintos aspectos de su ponencia. Su diálogo, la vivacidad de su argumentación y el análisis de las objeciones presentadas constituyeron para mí una experiencia vital muy rica.

Al principio de su ponencia, Piza Escalante afirma que se va a ocupar de algunos problemas concretos de las fuentes del Derecho internacional y establece tres

¹ *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, 1987, t. 8, p. 131 ss.

precisiones generales, una de las cuales es que el Derecho está compuesto por normas de conducta que configuran un orden normativo, sistemáticamente integrado². Considera allí el orden interno como un orden centralizado y jerarquizado, a diferencia del orden internacional, que lo ve como “difuso e igualitario”, en el cual sus sujetos aparecen simultáneamente como creadores de normas y como jueces y en el que no resulta fácil establecer una relación de subordinación y supraordinación. Piza ve también con preocupación la dificultad de determinar en el orden internacional cuál es la norma que en cada caso sirve de fundamento de validez a la otra. Sin embargo, esta afirmación no debe interpretarse como que la relación de validez no existe en el orden jurídico internacional. Todo lo contrario, Piza Escalante expresa que, si bien “no es fácil” determinarla, ella “tiene que existir” pues, de lo contrario, “no podría el Derecho Internacional ser Derecho, en el sentido de un orden jurídico propiamente tal”³.

2. Han transcurrido ya más de quince años del trabajo de Piza Escalante y el destino ha querido que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su momento presidió, haya contribuido, en alguna medida, a precisar la estructura del orden jurídico, que entonces preocupaba al jurista fallecido. Las consideraciones que siguen se fundan en las decisiones de la Corte en los casos Aloeboetoe y otros⁴ y Las Palmeras⁵, y se refieren a la estructura del

² *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, 1987, t. 8, p. 139.

³ *Op. et loc. cit.*

⁴ Sentencias del 4.XII.1991 y 10.IX.1993 (*Corte I.D.H.*, Serie C, Nos. 11 y 15).

⁵ Sentencias del 4.II.2000 y 6.XII.2001 (*Corte I.D.H.*, Serie C, Nos. 67 y 90).

orden jurídico, tanto interno como internacional, y la Convención Americana sobre Derechos humanos.

I

3. En general, un conjunto de normas constituye un orden jurídico cuando todas ellas derivan su validez de una misma. En los órdenes jurídicos internos, las normas que lo componen derivan su validez de la Constitución nacional. Piza Escalante manifiesta, con razón, que los órdenes jurídicos internos son centralizados. En todos ellos se da que es posible una imputación a dicho orden. En efecto, en el orden jurídico colombiano, por ejemplo, hay conductas que pueden ser atribuidas al Estado colombiano, o sea, que Colombia es un sujeto de derecho en dicho orden jurídico. Pero, en el ámbito internacional, su orden jurídico carece de personalidad; no es posible atribuir una conducta a la comunidad internacional, ésta no es sujeto del derecho de gentes. En esto radica fundamentalmente la centralización de los órdenes jurídicos internos frente a la descentralización del orden internacional.

4. Piza Escalante sostiene que el Derecho es un instrumento de ordenación social que está llamado a regir efectivamente la conducta de los hombres en sociedad. Si no reúne esta condición, “puede ser una aspiración ideal o un orden puramente moral [...], algo que quiere y puede ‘llegar a ser’ Derecho, pero no lo ‘es’”⁶. Por consiguiente, la efectividad es una condición

⁶ *Anuario hispano-luso-americano de derecho internacional*, 1987, t. 8, p. 137. Piza aclara que su tesis no significa negar el derecho natural, que él considera como “un Derecho positivo que incorpora esencialmente el orden moral hecho conciencia social”.

para que el orden jurídico sea considerado tal. Cuando un orden jurídico carece de un mínimo de eficacia, pierde validez, esto es, sus normas dejan de existir.

En el caso *Aloeboetoe y otros* se planteó precisamente esta cuestión. *Aloeboetoe* y sus seis compañeros pertenecían a la tribu *saramaca*, formada por descendientes de esclavos africanos introducidos en Surinam por los holandeses y que habían huido a la selva en siglos anteriores. Constituyeron una comunidad con normas e instituciones propias, que tenía muy pocos contactos con el gobierno surinamés. En un momento en que la guerrilla actuaba en ese país, una patrulla militar confundió a los *saramacas* con guerrilleros y los mató. Surinam reconoció su responsabilidad ante la Corte Interamericana, la que abrió entonces el procedimiento para determinar las reparaciones debidas a los herederos. Surinam pretendía que, para decidir quiénes eran los herederos de cada víctima, había que aplicar las leyes del país. Es preciso señalar que los *saramacas* ignoraban estas leyes, que estaban publicadas en neerlandés, lengua que ellos desconocían, y que tampoco había funcionarios gubernamentales que se ocuparan de su aplicación en la región habitada por los *saramacas*. Ante esta situación, la Corte sostuvo que, en materia de familia y sucesiones, el derecho surinamés había perdido eficacia en esa región y que, por lo tanto, había dejado de existir como tal. La Corte afirmó:

La [...] cuestión que aquí interesa consiste en saber si las leyes de Suriname relativas a derecho de familia se aplican a la tribu *Saramaca*. En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se

rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente inexistente⁷.

La Corte decidió, por lo tanto, que el derecho surinamés en materia de familia y sucesiones era inexistente en la región habitada por los saramacas y aplicó al caso el derecho consuetudinario saramaca⁸.

5. Según el derecho internacional consuetudinario, un Estado no puede invocar las disposiciones de su orden interno para dejar de cumplir una obligación internacional. Esta norma fue codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados en lo que respecta a obligaciones convencionales. Este tema aparece también planteado en el caso *Aloeboetoe* y otros. En efecto, la Comisión Interamericana de Derechos humanos pidió a la Corte que disponga una indemnización en favor de los herederos de las víctimas. El Estado expresó entonces que, según su legislación interna, sólo podía hacer pagos en su moneda nacional y, por lo tanto, solicitó a la Corte que fijara las indemnizaciones en esa moneda⁹. La Corte decidió que la obligación de indemnizar prevista en el artículo 63, inciso 1, de la Convención americana, era una obligación de derecho internacional y añadió:

⁷ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, p. 24.

⁸ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, p. 26, parágr. 62.

⁹ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, p. 13, parágr.26.

Por ello, la presente sentencia impondrá obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno¹⁰.

De acuerdo con este criterio y pese a lo argumentado por el Estado, la Corte dispuso que la parte sustancial de las indemnizaciones debía ser pagada en dólares estadounidenses o florines holandeses¹¹.

6. De lo expuesto hasta aquí surge que el orden jurídico interno es un orden centralizado compuesto por normas dotadas de efectividad y que han de ser compatibles con el derecho internacional.

La cuestión que ahora se plantea consiste en saber cómo se resuelven los casos en que hay normas de derecho interno que son incompatibles con el derecho internacional. La respuesta dada por la costumbre internacional es que, en el orden internacional, la norma de derecho interno incompatible con aquél no puede ser derogada ni modificada y la solución debe ser hallada en el pago de una indemnización por el daño sufrido y la obligación del Estado de derogar en su orden interno la norma cuestionada. Esta es la diferencia principal que se da en comparación con incompatibilidades que se presentan entre otros órdenes jurídicos.

Por ejemplo, el estatuto de una sociedad o de una persona jurídica constituye un orden jurídico. Una de sus cláusulas puede ser violatoria del Código civil, o sea, puede haber una incompatibilidad entre el orden

¹⁰ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, p. 19, parágr. 44. La sentencia cita la jurisprudencia internacional sobre la cuestión.

¹¹ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, p. 35 ss. (títulos XIV, XV y XVI).

jurídico de la sociedad y el orden jurídico del Estado. Si una incompatibilidad de este tipo se presenta ante un juez nacional, éste podrá declarar nula la cláusula cuestionada del estatuto. Pero, como ya se expresó, eso no ocurre en el caso de incompatibilidad entre el orden jurídico interno y el derecho de gentes.

En los últimos años han aparecido en América latina algunas decisiones internacionales que han derogado normas internas o las han declarado nulas. En este orden de ideas, pueden mencionarse las sentencias de la Corte interamericana en los casos Castillo Petruzzi y otros (30.V.1999)¹² y Barrios Altos (14.III.2001)¹³ y el Laudo V del tribunal ad hoc del Mercosur del 29 de septiembre de 2001 y su aclaratoria del 31 de octubre¹⁴.

La evolución de la jurisprudencia dirá si estas decisiones han creado una nueva norma consuetudinaria que amplía las facultades de los tribunales internacionales o si se trata de un intento no exitoso de modificar el derecho vigente, válido sólo para los casos decididos, si las Partes no han objetado la sentencia. De todos modos, resulta interesante comprobar el papel importante que juega la ideología en este debate acerca de la competencia de los tribunales internacionales.

¹² En un pasaje de su sentencia, la Corte dijo: “Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del ‘debido proceso legal’, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza” (*Corte I.D.H.*, Serie C, N° 52, p. 108).

¹³ En este caso, la Corte decidió “Declarar que las leyes de amnistía N° 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos” (*Corte I.D.H.*, Serie C, N° 75, parágr. 51, dispositivo 4).

¹⁴ *Boletín Oficial del Mercosur*, N° 19, diciembre de 2001.

Cuando se trata de derechos humanos, quienes se muestran favorables a otorgar a los tribunales internacionales la facultad de derogar o modificar normas internas argumentan que los tribunales de derechos humanos deben estar dotados de los poderes suficientes para oponerse a los jueces de derecho interno, partidarios de un régimen más “conservador”. Pero, cuando se trata de conceder esas facultades a los tribunales internacionales en procesos de integración económica, esas mismas personas se oponen alegando que “los capitales internacionales pretenden avasallar la economía de los Estados nacionales”.

7. El orden jurídico internacional, a diferencia del interno, es descentralizado y la diferencia entre ambos ya ha sido indicada más arriba¹⁵. Pese a ello, se trata de un orden jurídico estructurado jerárquicamente en el que es posible hallar en cada caso la norma que sirve de fundamento de validez a otra de nivel inferior. Como afirma Piza Escalante, esta tarea no es fácil, pero hay varias exposiciones sobre el tema en la bibliografía¹⁶. En el orden jurídico internacional, precisamente por ser un *orden jurídico*, todas sus normas derivan la validez de una primera, que no es una hipótesis, sino una norma de derecho positivo¹⁷.

8. Además de presentar la característica de un orden descentralizado, el derecho de gentes ofrece también la particularidad de que sus normas necesitan general-

¹⁵ Ver *supra*, parágrafo 3.

¹⁶ Ver, por ejemplo, VERDROSS, *Die Quellen des universellen Völkerrechts*, Freiburg, 1973. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, 1994.

¹⁷ BARBERIS, “Réflexions sur la coutume internationale”, *Annuaire Français de Droit International*, 1990, p. 9 ss.

mente ser complementadas por el derecho interno¹⁸. Esta necesidad de complementación se da de la siguiente manera: Es sabido que todas las normas jurídicas poseen cuatro ámbitos de validez, a saber, personal, espacial, material y temporal. El ámbito de validez personal de la norma indica quiénes están sujetos a sus disposiciones. El ámbito de validez espacial prevé el territorio en que esa norma vale como tal y el temporal se refiere al lapso desde cuándo y hasta cuándo esa norma rige. Por último, el ámbito de validez material se refiere a la conducta que la norma establece como permitida, prohibida u obligatoria.

Las normas del derecho internacional, en general, no determinan los cuatro ámbitos de validez, sino que uno o más de ellos son precisados por normas del derecho interno. Así, por ejemplo, el derecho internacional determina qué puede hacer el Estado costero en la plataforma continental, pero la extensión de ésta (el ámbito de validez espacial) es fijada por el derecho interno. El derecho de gentes indica sólo la extensión máxima que puede tener la plataforma continental, pero la extensión precisa para cada Estado queda librada a la ley interna de cada uno de ellos. En el caso *Aloeboetoe* y otros se planteó una situación semejante. El derecho de gentes, en este caso la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prevé que una forma de reparación del daño es el pago de una indemnización a la víctima. Si ésta ha fallecido, la perciben los herederos. Pero, la norma internacional no determina quiénes son éstos, ni en qué proporción concurren a la sucesión. Esto queda

¹⁸ VERDROSS llama a esta característica "Ergänzungsbedürftigkeit" (*Völkerrecht*, 5ª., ed., Wien, 1964, p. 125).

librado al derecho interno. En el caso aquí examinado, la Corte dijo que, dado que el derecho surinamés en materia de familia y sucesiones era inexistente en la región habitada por los saramacas, debía aplicarse la costumbre local. Este derecho interno completó la regla internacional¹⁹.

9. Todo orden jurídico que faculta a sus sujetos a crear normas jurídicas mediante un acuerdo de partes (contrato, convención, tratado) contiene normas que los contratantes pueden suprimir o modificar y otras que ellos no pueden derogar. Se suele decir que las primeras constituyen el *jus dispositivum*, en tanto que las segundas pertenecen al *jus cogens*. Todo orden jurídico contiene necesariamente alguna norma que no es susceptible de derogación por la voluntad de las partes. Un orden jurídico que, en su totalidad, pueda ser derogado por las partes mediante un acuerdo es impensable como Derecho.

El Derecho internacional, como todo orden jurídico, posee normas que pertenecen al *jus cogens*. En lo que hace a los tratados internacionales, una norma pertenece al *jus cogens* cuando posee la característica de no poder ser derogada por las Partes contratantes²⁰. Estas ideas fueron codificadas en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969). Pero, contrariamente a una opinión bastante generalizada, se debe puntualizar que esta con-

¹⁹ Corte I.D.H., Serie C, N° 15, pp. 25-26, parágr. 62.

²⁰ La sentencia arbitral del 31.VII.1989 entre Guinea Bissau y Senegal expresa: "Du point de vue du droit des traités, le jus cogens est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle" (*Reports of International Arbitral Awards*, vol. XX, p. 135).

vención sólo reproduce la enseñanza que viene de los fundadores del Derecho de gentes²¹. Por otra parte, como ya se expresó, no parece posible pensar como Derecho un sistema normativo en el cual todas sus disposiciones fueren derogables por la voluntad de las partes. Por lo tanto, puede concluirse que el *jus cogens* es propio de todo orden jurídico, interno o internacional, y es una característica de algunas normas de cada orden.

En el caso Aloeboetoe y otros, la Corte interamericana se ocupó del *jus cogens*. Uno de los argumentos presentados por la Comisión Interamericana para sostener la autonomía de la tribu saramaca y la posibilidad de gobernarse por sus propias leyes era un tratado que habría sido suscripto entre los Países Bajos y esa tribu el 19 de septiembre de 1762. La Comisión afirmaba que Surinam era sucesor de los Países Bajos en el supuesto tratado. La Corte expresó:

²¹ En efecto, los juristas fundadores del derecho internacional postulaban la existencia de un derecho necesario (Conf.: VITORIA, *De potestate civili*, § 21 *in fine*; GROTIUS, *De iure belli ac pacis libri tres*, I, 1, X; WOLFIUS, *Jus gentium methodo scientifica pertractatum*, § 6).

En cuanto a la doctrina del siglo XX, RADNITZKY definió claramente el *jus dispositivum* y el *jus cogens* en el derecho de gentes en 1914 (“Dispositives Völkerrecht”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1914, t. I, p. 657).

Entre la bibliografía sobre *jus cogens* en derecho internacional anterior a la Convención de Viena, puede verse: MORELLI, “Norme dispositive di diritto internazionale”, *Rivista di diritto internazionale*, 1932, pp. 388 ss. y 483 ss. JURT, *Zwingendes Völkerrecht*, tesis de Zürich, Wil (St. Gallen), 1933. VERDROSS, “Der Grundsatz ‘pacta sunt servanda’ und die Grenze der ‘guten Sitten’ im Völkerrecht”, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1936, p. 79 ss. “Forbidden Treaties in International Law”, *American Journal of International Law*, 1937, p. 571 ss. MAREK, “Contribution à l’étude du *jus cogens* en droit international”, *Recueil d’études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 426 ss.

La Corte no considera necesario investigar si dicho convenio es un tratado internacional. Sólo se limita a observar que si así hubiera sido, el tratado hoy sería nulo por ser contrario a reglas de *jus cogens superveniens*. En efecto, en ese convenio los *saramacas* se obligan, entre otras cosas, a capturar los esclavos que hayan desertado, a hacerlos prisioneros y a devolverlos al Gobernador de Suriname, quien les pagará entre 10 y 50 florines por cada uno, según la distancia del lugar de su captura [...] Un convenio de esta índole no puede ser invocado ante un tribunal internacional de derechos humanos ²².

II

10. Una vez efectuada esta reflexión sobre los órdenes jurídicos interno e internacional, conviene referirse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y ver cómo ésta influye en aquéllos.

La Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Partes se obligan a introducir en sus órdenes jurídicos internos las disposiciones legislativas o de otro carácter que sean necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades enunciados en sus artículos 3 a 25. Así lo prescribe expresamente el artículo 2 de la Convención²³. Además, el artículo 1, inciso 1, dispone que los Estados deben respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre ejercicio sin efectuar discriminación alguna por razón de raza, credo, sexo, opinión política, etc.

²² *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 15, pp. 23-24, parágr. 57.

²³ Conf.: *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 67, p. 19, parágr. 32.

La Convención prevé también la creación de una Corte Interamericana para “conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación” de sus disposiciones (art. 62, inc. 3). El establecimiento de un tribunal internacional implica también introducir modificaciones en el derecho interno de los Estados, p. ej., en materia procesal.

En el ámbito internacional, la entrada en vigor de la Convención provocó importantes cambios. En efecto, se ha señalado anteriormente que el orden jurídico internacional es un orden descentralizado. No hay un gobierno de la comunidad internacional. Pero, los Estados han ido creando, a través de acuerdos, algunos órganos que, en alguna medida, desempeñan funciones centralizadas. Uno de ellos es la Corte Interamericana de Derechos humanos. Con su establecimiento aparece en América un órgano jurisdiccional internacional con facultad para decidir si los Estados respetan o no los derechos humanos.

11. En el caso de Las Palmeras, la Corte interamericana tuvo la oportunidad de precisar su función y su competencia. Según lo expuso la Comisión Interamericana en la demanda correspondiente, los hechos que dieron lugar al caso pueden ser resumidos así: El 23 de enero de 1991, la Policía nacional, apoyada por el Ejército, llevó a cabo una operación militar en la localidad de Las Palmeras, Departamento de Putumayo, Colombia. En esas circunstancias, la Policía nacional detuvo y ejecutó extrajudicialmente a seis personas. Una séptima persona resultó también muerta en circunstancias no esclarecidas. Los miembros de la Policía nacional y del Ejército realizaron reiterados

esfuerzos para justificar su conducta. En este sentido, vistieron con uniformes militares los cadáveres de algunas de las personas ejecutadas, quemaron sus ropas y amedrentaron a varios testigos del caso. Igualmente, la Policía nacional presentó siete cadáveres como pertenecientes a subversivos muertos en un presunto enfrentamiento.

Como consecuencia de los hechos descritos, se iniciaron procesos de carácter disciplinario, administrativo y penal. El proceso disciplinario se falló en una semana y se absolvió a todos los que participaron en los hechos. Asimismo se iniciaron dos procesos contencioso administrativos en los que se reconoció expresamente que cinco de las víctimas del operativo armado no pertenecían a ningún grupo armado y que el día de los hechos estaban realizando sus tareas habituales. En estos procesos contencioso administrativos, las sentencias del Consejo de Estado (sala de lo contencioso administrativo) del 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996 decidieron que Colombia era responsable por la muerte de esas cinco personas. Cuando la Comisión Interamericana presentó la demanda ante la Corte (6.VIII.1998), no se había dictado aún sentencia penal.

La Comisión Interamericana solicitó a la Corte que condenara a Colombia por la violación de los artículos 4, 8 y 25 de la Convención y del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949. En cuanto al tema que aquí interesa, conviene detenerse en esta pretensión de la Comisión respecto de los Convenios de Ginebra.

Como ya se expresó, dentro del orden descentralizado del derecho de gentes, la Convención Americana

constituye una cierta centralización porque erige un tribunal internacional con competencia para decidir si los Estados respetan o no los derechos humanos. La función de la Corte Interamericana, en este sentido, guarda cierta analogía con un Tribunal constitucional. En efecto, éste tiene competencia para decidir si cualquier acto jurídico o cualquier norma es compatible o no con la Constitución. Es evidente que si se trata, por ejemplo, de una cuestión de derecho procesal, el Tribunal constitucional va a tener en consideración el Código de procedimientos y las demás leyes procesales, pero su decisión será finalmente una proposición en la que se afirma o se niega la compatibilidad entre la Constitución y el acto o la norma impugnados. Frente al Tribunal, existe una norma, que es el “patrón” (la Constitución), y todas las demás, que son susceptibles de ser comparadas con ese patrón. No hay ninguna norma jurídica ni acto exentos de este eventual control²⁴. A su vez, el Tribunal constitucional no puede elevar ninguna norma susceptible de control a la categoría de norma “patrón”.

En el caso de Las Palmeras, Colombia interpuso una excepción de incompetencia alegando que la Corte Interamericana no tenía facultad para decidir la incompatibilidad con los Convenios de Ginebra. La Corte resolvió entonces:

La Corte es [...] competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado,

²⁴ La Corte Suprema de Justicia de la Argentina, que cumple la función de Tribunal constitucional, declaró inconstitucional un tratado internacional, según una sentencia del 5.XII.1983 (*El Derecho*, t. 107, p. 616 ss.).

es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.

[...] Para realizar dicho examen la Corte interpreta la norma en cuestión y la analiza a la luz de las disposiciones de la Convención.

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. Esta última sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.

Por ello, la Corte decide admitir la [...] excepción preliminar interpuesta por el Estado”²⁵.

Esta decisión fue tomada por unanimidad. Unos meses después, en el caso *Bámaca Velásquez* (25.XI.2000), la Comisión acusó sin éxito a Guatemala, de haber violado los Convenios de Ginebra²⁶.

En el caso de *Las Palmeras*, la Comisión Interamericana no suministró argumentos jurídicos sólidos según los cuales, una norma susceptible de ser examinada en su compatibilidad con la Convención Americana, pasaba a formar parte, junto con ésta, de la norma patrón para examinar dicha compatibilidad. En este sentido, se alegó la relación entre el derecho internacional humanitario y los derechos humanos. Es cierto que esta vinculación existe, pero no es de natura-

²⁵ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 67, pp. 19-20, parágr. 32 y 33.

²⁶ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 70, pp. 4, parágr. 2; 139, parágr. 208; 180, parágr. 23 (voto razonado del juez García Ramírez); y 189 (voto razonado del juez de Roux Rengifo).

leza tal que coloque el derecho humanitario en el mismo nivel que la Convención Americana. Se expresó también que los Convenios de Ginebra eran la *lex specialis* para determinar, en caso de conflicto armado, cuándo debía respetarse la vida del enemigo y cuándo no, lo cual no está precisado en la Convención Americana. Esto es cierto y no se niega que la *lex specialis* no sea tenida en cuenta. Con ese criterio, en un caso relativo al trabajo de los obreros en las minas de carbón, tema sobre el cual no hay ninguna norma específica en la Convención americana, habría que mencionar expresamente y elevar al rango de la mencionada Convención a las leyes de trabajo y a los convenios de la O.I.T. sobre el tema. La Comisión Interamericana emplea también un lenguaje no muy claro para formular su tesis. Así, en un momento dado, dice que sus conclusiones “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”²⁷.

²⁷ Corte I.D.H., Serie C, N° 67, p. 19.

En diciembre de 2001, apareció en la *Revue internationale de la Croix-Rouge* (vol. 83, N° 844, p. 1037 y ss.) un artículo criticando la sentencia de la Corte interamericana en el caso de Las Palmeras. (MARTIN, “Application du droit international humanitaire par la Cour interaméricaine des droits de l’homme). La autora afirma en algunos pasajes: “... s’il est conforme au droit international général, le raisonnement de la Cour manque peut-être un peu d’audace” (p. 1038); “... la Cour de San José déprécie dans le même temps la nature spécifique de la norme internationale humanitaire invoquée, et rompt avec l’évolution du droit international, pourtant amorcée dans le cadre interaméricain”; “Il est regrettable que la Cour n’ait pas saisi l’occasion de se prononcer sur sa compétence pour poser en principe de sa fonction judiciaire une conception plus affirmée du lien existant entre les droits de l’homme et le droit humanitaire” (p. 1039).

La autora sostiene que la Corte debió declararse competente para

12. La Corte Interamericana precisó así claramente que su función y su competencia consistían en determinar si alguna norma jurídica o acto era o no compatible con la Convención Americana. En el caso de Las Palmeras, se planteó también la cuestión de saber cuál era el papel del orden jurídico interno y del internacional dentro del sistema interamericano de derechos humanos. La cuestión concreta era la siguiente: tal como se expresó anteriormente, la República de Colombia fue condenada por el Consejo de Estado de ese país, mediante las sentencias del 14 de diciembre de 1993 y 15 de enero de 1996, por haber violado el derecho a la vida de cinco personas. Las sentencias tenían carácter definitivo en el ámbito nacional. Ahora bien, según el sistema de la Convención Americana ¿era necesario que Colombia fuera condenada nuevamente por la Corte Interamericana o esas decisiones eran suficientes? La Corte expresó al respecto:

La Convención Americana es un tratado multilateral mediante el cual los Estados Partes se obligan a garantizar y a hacer efectivos los derechos y libertades previstos en ella y a cumplir con las reparaciones que se dispongan. La Convención es la piedra fundamental del sistema de garantía de los derechos humanos en América. Este sistema consta de un nivel nacional que consiste en la obligación de cada Estado de garantizar los derechos y libertades previstos en la Convención y de sancionar las infracciones que se cometieren. Ahora bien, si un caso concreto no es solucionado en

decidir acerca de las violaciones a los convenios de Ginebra (ver, p. ej., pp. 1048 y 1049), aunque no aporta argumentos jurídicos lógicamente válidos para lograr ese objetivo.

la etapa interna o nacional, la Convención prevé un nivel internacional en el que los órganos principales son la Comisión y esta Corte. Pero, como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, la protección internacional es “coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. En consecuencia, cuando una cuestión ha sido resuelta definitivamente en el orden interno según las cláusulas de la Convención, no es necesario traerla a esta Corte para su “aprobación” o “confirmación”²⁸.

Si bien la sentencia fue adoptada por unanimidad, los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez emitieron un voto razonado conjunto en el que sostienen una tesis diferente. Así, ellos afirman que “es imprescindible que la propia Corte Interamericana determine la responsabilidad internacional del Estado bajo la Convención Americana”²⁹ y más adelante expresan: “La Corte no puede abdicar de proceder a esta determinación, ni siquiera en la hipótesis en que la decisión de un tribunal nacional sea enteramente coincidente con la suya en cuanto al fondo”³⁰.

De acuerdo con el criterio enunciado, la Corte declaró en este caso que la muerte de cinco de las víctimas había quedado establecida por las dos sentencias definitivas del Consejo de Estado de Colombia y decidió que este país era responsable de la

²⁸ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 90, parágr. 33.

²⁹ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 90, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, parágr. 2.

³⁰ *Corte I.D.H.*, Serie C, N° 90, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, parágr. 4.

muerte de una sexta persona, en violación del artículo 4 de la Convención³¹. En este último caso, se trataba de una persona respecto de la cual Colombia reconoció su responsabilidad ante la Corte Interamericana.

³¹ Corte I.D.H., Serie C, N° 90, parágr. 71, resolutivos 1 y 2.

**Los principales aportes del Juez
Rodolfo E. Piza Escalante
a la Corte Interamericana de
Derechos Humanos
(1979 - 1988)**

*Manuel E. Ventura Robles**

I. Introducción

Rodolfo E. Piza Escalante fue elegido Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) por los Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹ (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”), el 22 de mayo de 1979, durante el VII Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (en adelante “la OEA” o “la Organización”), por un período de tres años, de acuerdo

* Secretario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1979): Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Venezuela.

Estados Partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (junio 2002): Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Suriname, Uruguay, Venezuela.

con lo que dispone el artículo 54.1 de la Convención Americana la cual establece que “[e]l mandato de tres de los jueces designados en la primera elección, expirará al cabo de tres años”. Posteriormente, durante el XII Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado en Castríes, Santa Lucía, del 2 al 11 de diciembre de 1981, fue reelegido por un período de seis años de acuerdo con lo que dispone el antes citado artículo 54.1 de la Convención, que al respecto dice que “[l]os jueces de la Corte serán elegidos para un período de seis años y sólo podrán ser reelegidos una vez”. Consecuentemente, Rodolfo E. Piza Escalante ejerció como Juez de la Corte Interamericana por dos períodos consecutivos, uno de tres años y otro de seis años, de 1979 a 1988.

Los primeros jueces de la Corte Interamericana, luego de ser elegidos, se reunieron en Washington, D. C., en la sede de la OEA los días 29 y 30 de junio de 1979. En esa ocasión eligieron al Doctor Rodolfo E. Piza Escalante (Costa Rica) como Presidente y al Doctor Máximo Cisneros Sánchez (Perú), como Vicepresidente. Además, resolvieron celebrar su Primer Período Ordinario de Sesiones y su ceremonia de instalación en San José, Costa Rica, sede del Tribunal, a partir del lunes 3 de septiembre de 1979.

Como primer Presidente de la Corte y nacional del Estado sede de la misma, le correspondió a Rodolfo E. Piza Escalante la delicada tarea de dar el impulso inicial al Tribunal, el que nacía a la vida jurídica en una época en que de los 28 Estados Miembros de la OEA² única-

² Estados Miembros de la OEA (1979): Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Commonwealth de Dominica, Costa Rica, Cuba,

mente 14 habían ratificado la Convención Americana y sólo uno, Costa Rica, había reconocido formalmente la jurisdicción de la Corte en general, en un momento histórico en el que varios Miembros de la Organización respaldaban todavía la doctrina de la seguridad del Estado en abierta contraposición a los derechos humanos de sus habitantes, y en que, como consecuencia de lo antes señalado, la Organización aprobó un presupuesto para la Corte que apenas alcanzaba para tener cuatro funcionarios y reunirse dos veces al año en cortas sesiones. Los jueces no recibirían salario y solamente percibirían boletos de avión, viáticos y un modesto honorario durante los días de sesión.

Pese a las limitaciones con que iniciaba su vida el Tribunal, las que le imponía la propia Convención Americana, la realidad política imperante y los escasos fondos disponibles, en su discurso pronunciado durante la instalación de la Corte en el Teatro Nacional de Costa Rica, el Juez Piza Escalante expresó con determinación que quizás lo menos importante era lo que los Estados Americanos querían que la Corte fuera, y que lo principal era lo que los propios jueces querían que llegara a ser;

[...] y cuya solución está en determinar si estamos

Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Santa Lucía, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.

Estados Miembros de la OEA (2002): Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas (Commonwealth de las), Barbados, Bolivia, Brasil, Colombia, Commonwealth de Dominica, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay, Venezuela.

decididos a actuar con imparcialidad y con justicia, a abandonar la cómoda pero irresponsable posición del juez tradicional, espectador y simple receptor de la contienda, sustituyéndola por la del nuevo juez, comprometido de verdad con la justicia, a salir a buscarla, valiente y agresivamente, y a darla, valiente y agresivamente, cuando su convicción moral lo ordene, dejando de lado las mezquinas triquiñuelas de la gramática y de los procedimientos³.

II. La personalidad del Juez Piza Escalante

La actitud del Juez Presidente Piza Escalante de enfrentar abiertamente y con valentía los desafíos que se planteaban a la nueva Corte era una característica muy suya. El enfrentaba de lleno los problemas que tenía ante sí, de la índole que fueran y luchaba hasta el final para resolverlos. Fue un apasionado en defender la justicia y sus tesis jurídicas, las que defendía con calor y con pasión; pero no era rencoroso, ya que con rapidez olvidaba los choques que pudiera haber tenido con las personas que sustentaban tesis jurídicas diferentes a las suyas. Solía decir que en el campo jurídico, así como en la vida en general, a veces se ganaba y a veces se perdía, pero que para poder apreciar el triunfo había que saber también “encajar” o recibir los golpes cuando se perdía.

Fue un jurista con una capacidad analítica brillante, que tenía lo que tal vez se podía definir como una “capacidad intuitiva” muy especial para producir ideas y tesis jurídicas originales. Tenía una magnífica pluma, ya que quien piensa con claridad escribe también con

³ Memoria de la Instalación: Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, C.R., setiembre 1979, pág. 18.

claridad. Su obra queda recogida en cinco libros, una traducción y cerca de 50 artículos monográficos, además de los cientos de sentencias que él redactó como Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte de Suprema de Justicia de Costa Rica. Era una persona afable, muy humana y pintoresca, con quien se podía pasar horas escuchando sus anécdotas, las que siempre ponían en evidencia al hombre que, en medio de discusiones difíciles, hacía uso de la sonrisa a flor de labios, la palabra oportuna o la nota graciosa que bajaba las tensiones.

Rodolfo E. Piza Escalante tuvo la rara virtud de dejar huella, huella profunda, en todas las actividades que emprendió y en todas aquellas instituciones a las que sirvió. Abogado litigante, profesor universitario, político, diplomático, juez internacional y juez constitucional, dejó huella en su paso por la Universidad de Costa Rica y otras universidades en las que enseñó, en la Asamblea Legislativa de Costa Rica como diputado (1974-1978), en la Organización de las Naciones Unidas como Embajador Representante Permanente de Costa Rica (1978-1982), en la Corte Interamericana como Juez (1979-1988) y Presidente (1979-1981) y como Magistrado (1989-2002) y Presidente de la Sala Constitucional (1999-2001).

III. Los aportes del Juez Piza Escalante a la Corte Interamericana

Me referiré en este artículo a lo que considero fueron sus principales aportes a la Corte Interamericana, logros, todos ellos, relacionados con su visión de jurista y con su carácter firme y decidido.

1. El Convenio de Sede de la Corte Interamericana con Costa Rica

El Convenio de Sede de la Corte Interamericana ha sido la viga maestra necesaria e imprescindible para el funcionamiento del Tribunal. Consta de 12 capítulos que se refieren a la personería jurídica y organización de la Corte; a la capacidad legal, privilegios e inmunidades de la Corte; a las inmunidades y privilegios de los jueces de la Corte; a las inmunidades y privilegios del Secretario y Secretario Adjunto de la Corte; inmunidades y privilegios del personal de la Corte; prerrogativas de cortesía diplomática; facilidades de inmigración y permanencia; carácter de las inmunidades y privilegios; inmunidades y privilegios de los comparecientes ante la Corte; eficacia de las resoluciones; de la contribución del país sede al funcionamiento de la Corte y disposiciones finales.

Aunque el texto del Convenio se firmó en el mes de septiembre de 1981 y fue aprobado por la Asamblea Legislativa de Costa Rica dos años después, hasta el mes de septiembre de 1983, el texto del mismo había sido redactado y aprobado por la Corte durante la presidencia de Rodolfo E. Piza Escalante (1979-1981).

Para preparar este Convenio la Secretaría de la Corte consideró varios otros convenios que sirvieron de fundamento para su redacción. Entre ellos cabe citar el Convenio de Inmunidades y Privilegios de la OEA, el Convenio de Inmunidades y Privilegios de la Organización de las Naciones Unidas y el Convenio para la instalación en Costa Rica de una oficina nacional para el representante del Secretario General de la OEA. Con estos y otros antecedentes similares se

hicieron los ajustes necesarios para lo que debería ser el funcionamiento de un tribunal internacional regional en materia de derechos humanos y, cuando se consideró que estaba terminado, se sometió a consideración del Presidente de la Corte. El Juez Piza Escalante encontró correcto todo el texto del Convenio y propuso, además, la inclusión de los capítulos 10 y 11 del mismo.

El capítulo X, titulado Eficacia de las Resoluciones, fue dictado por él personalmente y, hasta hoy en día sigue siendo una norma precursora en el campo del Derecho Internacional ya que, hasta la fecha, ningún otro Estado Parte en la Convención Americana ha adoptado una norma semejante para la aplicación en el Derecho Interno de las sentencias y resoluciones del Tribunal y del Presidente de la Corte Interamericana. Dicho texto dice lo siguiente:

ARTÍCULO 27: Las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses.

El capítulo 11, denominado De la Contribución del País Sede al Funcionamiento de la Corte, una vez aprobado e implementado por el Gobierno de Costa Rica, ha sido una condición sin la cual el Tribunal no hubiera podido funcionar durante los primeros años y, aún actualmente, no lo podría hacer en las condiciones en que lo está haciendo. Dicho texto dispone lo siguiente:

ARTÍCULO 28: Como contribución del país sede al funcionamiento de la Corte, el Gobierno de la

República de Costa Rica:

- a) Continuará otorgando una subvención anual no inferior a la ya otorgada a la Corte en el primer año de su funcionamiento, incluida en la Ley de Presupuesto General de la República de Costa Rica para el año 1980.
- b) Proporcionará a la Corte un local adecuado para su funcionamiento.

Desde el año 1980 el Gobierno de Costa Rica ha otorgado a la Corte Interamericana una subvención anual de US\$100.000, con lo cual se ha pagado desde entonces al personal local que trabaja en el Tribunal y se pagó durante los primeros años de funcionamiento del mismo, el alquiler del edificio que desde 1980 ocupa. En el año 1993 el Gobierno de Costa Rica dio cumplimiento al párrafo b) del artículo 28 del Convenio de Sede y giró a la Corte Interamericana los fondos necesarios para comprar el edificio en que funciona actualmente.

Fue la visión y la decisión de Rodolfo E. Piza Escalante la que determinó que se incluyeran estos dos artículos 27 y 28 en el Convenio de Sede, sin los cuales el Tribunal no hubiera alcanzado el nivel de desarrollo, institucional y jurisprudencial, que tiene actualmente.

2. La creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Desde la primera reunión que celebró la Corte en Washington, D. C., los días 29 y 30 de junio de 1979, con el propósito de elegir a su Presidente, Vicepresidente y Secretario interino y de disponer lo pertinente

sobre su instalación formal en San José, Costa Rica, en septiembre de ese año, el Tribunal tomó un acuerdo designando a los jueces, Thomas Buergenthal y Carlos Roberto Reina, para que conjuntamente con el Presidente Juez Piza Escalante, encargado de las relaciones con el país sede, iniciaran las gestiones del caso con el Gobierno de Costa Rica tendientes a crear y establecer un Instituto Interamericano de Derechos Humanos (en adelante “el Instituto” o “el Instituto Interamericano”) que llegara a ser el brazo académico de la Corte Interamericana.

La idea, original del Juez Buergenthal, quien a la hora de proponerla tuvo en mente al Instituto Internacional de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo, Francia, sede de la Corte Europea de Derechos Humanos (y en ese entonces de la Comisión también, que desapareció en octubre de 1999 al entrar en vigor el Protocolo 11 a la Convención Europea de Derechos Humanos), fue asumida como propia por el Juez Piza Escalante, quien debido a su relación cercana con el Presidente de la República de Costa Rica en ese entonces, Rodrigo Carazo Odio, propuso a éste y obtuvo de él toda la colaboración necesaria de su Gobierno, para que el Instituto llegara a ser una realidad.

El 30 de julio de 1980 el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana firmaron un acuerdo, posteriormente aprobado por la Asamblea Legislativa, por ley número 6482 de 28 de octubre de 1980, por medio del cual se creaba el Instituto Interamericano de Derechos Humanos como una organización internacional autónoma de carácter académico, dedicada a la

enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos desde una perspectiva multidisciplinaria. Hasta hoy día el Instituto Interamericano es la única institución en el mundo de su naturaleza a la que se ha reconocido personería internacional.

Don Rodolfo E. Piza Escalante fue siempre miembro del Consejo Directivo del Instituto, se mantuvo siempre vinculado al mismo y participó de muchas de sus actividades como conferencias, cursos y misiones de observación electoral. La creación del Instituto Interamericano es otro caso en el cual la visión y determinación del Juez Piza Escalante fue un factor determinante, por su relación con el Gobierno de Costa Rica, para hacer realidad esta Institución que durante más de 20 años, a través de la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos, ha venido fomentando una cultura de derechos humanos en las Américas.

3. El *locus standi in iudicio* ante la Corte Interamericana

Cabe reconocer que Rodolfo E. Piza Escalante fue propulsor de la idea de que las víctimas, en la tramitación de sus casos ante la Corte Interamericana, deberían tener *locus standi in iudicio* una vez sometido el caso respectivo ante la Corte, de acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención Americana. Esta idea la alegó el Juez Piza Escalante ante la Corte en el año 1981, aún antes de que la Corte Europea de Derechos Humanos reformara su Reglamento en 1982 con este mismo fin. Esto ocurrió durante la tramitación ante la Corte del Asunto Viviana Gallardo y otras.

La primera vez que se hizo uso del derecho de petición ante la Corte Interamericana, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 61.1 de la Convención Americana, según el cual solamente los Estados Partes en la Convención Americana o la Comisión Interamericana tienen el derecho a someter un caso a decisión de la Corte, fue en el mes de julio de 1981 por Costa Rica. Primera y única vez que un Estado Parte ha recurrido directamente al Tribunal para hacer uso de la función jurisdiccional del mismo.

Este asunto, Viviana Gallardo y otras, que no llegó a tramitarse como tal ya que la Corte determinó en un acto prejudicial y, antes de abocarse a conocer el mismo, que debía conocerse el criterio de la Comisión Interamericana porque al someter el caso directamente a la Corte, Costa Rica había renunciado al agotamiento previo de los recursos de la jurisdicción interna y al trámite establecido en los artículos 48 a 50 de la Convención, o sea al trámite ante la Comisión Interamericana. Después de escuchar el criterio de la Comisión, la Corte consideró que el trámite ante ésta no podía omitirse sin menoscabar la integridad institucional del sistema de protección consagrado en la Convención por lo que decidió, unánimemente, aceptar y tramitar la solicitud subsidiaria de Costa Rica de remitir el asunto a la Comisión Interamericana y, consecuentemente, retuvo la petición de Costa Rica en su lista de asuntos pendientes en espera del trámite ante la Comisión. Posteriormente, en el año 1983 y debido a que la Comisión había declarado inadmisibile la petición, ordenó archivar el expediente. Este caso, que no llegó a serlo y que la Corte denominó Asunto Viviana Gallardo y otras, ha tenido una gran

importancia histórica, no solamente por haber sido la primera y única vez que un Estado Parte somete un caso a la consideración del Tribunal sino, especialmente, por la jurisprudencia que sobre el proceso establecido en la Convención Americana determinó la Corte sobre el agotamiento a los recursos de la jurisdicción interna y el trámite ante la Comisión establecido por los artículos 48 a 50 de la Convención.

A propósito de que la Corte dictó varias resoluciones en este caso, concretamente en la del 13 de noviembre de 1981 y en la del 8 de septiembre de 1983, el Juez Piza Escalante emitió en el primer caso un voto razonado y en el segundo un voto salvado en el cual señala que, una vez sometido un caso por la Comisión ante la Corte, cumplido ese requisito de la “iniciativa de la acción”, la víctima se convierte en “parte activa, titular de los derechos reclamados y, por ende, acreedora de una eventual sentencia condenatoria, estimatoria, (para) las víctimas [...]”⁴.

Concretamente, en el párrafo 8 de su voto razonado de 13 de noviembre de 1981, dijo lo siguiente:

Pero no comparto la tesis de la mayoría, cuando considera como una razón fundamental para rechazar la renuncia del Gobierno de Costa Rica a los procedimientos ante la Comisión, la de que esos procedimientos son indispensables para garantizar a los particulares, especialmente las víctimas de las violaciones alegadas, la plena gestión de sus intereses, en vista de que la Convención les veda expresamente

⁴ Asunto de Viviana Gallardo y otras, No. G 101/81. Serie A. Resolución del 8 de setiembre de 1983. Voto Salvado del Juez Rodolfo E. Piza E., párr. 39.

el acceso directo ante el Tribunal, y aun en el supuesto, todavía no resuelto por la Corte, de que ésta llegare a reconocerles una legitimación procesal independiente, una vez iniciado el proceso. En mi caso, mi opinión disidente me obliga a expresar de una vez que, a mi juicio, lo único que la Convención veda al ser humano es la “iniciativa de la acción” (art. 61.1), limitación que, como tal, es “materia odiosa” a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está vedada al ser humano su condición autónoma de “parte” en el proceso, una vez que éste se haya iniciado. Por el contrario, es posible, y aun imperativo, otorgar al individuo esa posición y los derechos independientes de parte, que le permitirían ejercer ante el Tribunal todas las posibilidades que la Convención le confiere en los procedimientos ante la Comisión. En todo esto, carece, a mi juicio, de importancia la falta de legitimación procesal del individuo para iniciar el proceso, porque todo lo que aquí se dice presupone que éste ya se ha iniciado, por acción de la Comisión o del Estado que hace la renuncia⁵.

Esta posición fue claramente reafirmada por el Juez Piza Escalante en los párrafos 39 y 40 de su voto salvado del 8 de septiembre de 1983, en el que expresa que

39. Dada la admisibilidad del caso, que declaro, queda sólo por determinar su trabazón procesal, para la cual es necesario establecer que, a mi juicio, las ‘partes’ en

⁵ Asunto de Viviana Gallardo y otras, No. G 101/81. Serie A. Decisión del 13 de noviembre de 1981. Voto Razonado del Juez Rodolfo E. Piza E., párr. 8.

sentido sustancial son, como dije, independientemente de cuál haya sido la que introdujo la instancia: a) el Estado de Costa Rica como ‘parte pasiva’, a la que se imputan las violaciones y deudora eventual de su reparación (ver párr. No. 36, **supra**) en el orden internacional de la protección de los derechos humanos, el Estado es el único sujeto pasible de condenatoria y de sanción; y b) como ‘parte activa’, titular de los derechos reclamados y, por ende, acreedora de una eventual sentencia estimatoria, las víctimas, es decir, en concreto, los causahabientes de Viviana Gallardo Camacho y, por sí, Alejandra Bonilla Leiva y Magaly Salazar Nassar (**Ibid.** y ver además art. 63.1 de la Convención, que habla de “parte lesionada”). La Comisión no es ‘parte’ en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni de deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos por la sentencia.

40. Ahora bien, en lo que se refiere a las ‘partes’ en sentido procesal: a) el Estado de Costa Rica lo es claramente, a plenitud, pero siempre como ‘parte pasiva’, demandada o acusada, aunque fuera él mismo quien introdujo la acción; b) no existe ninguna razón valedera para negar a las propias víctimas, ‘parte activa’ sustancial, su condición autónoma de ‘parte activa’ procesal. En este sentido, me parece suficientemente claro lo que dije en mi Voto Salvado anterior, de que, “a mi juicio, lo único que la Convención veda al ser humano es la ‘iniciativa de la acción’ (art. 61.1), limitación que, como tal, es ‘materia odiosa’ a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está vedada al ser humano su condición autónoma de ‘parte’ en el

proceso, una vez que éste se haya iniciado. Por el contrario, es posible, y aun imperativo, otorgar al individuo esa posición y los derechos independientes de parte, que le permitirían ejercer ante el Tribunal todas las posibilidades que la Convención le confiere en los procedimientos ante la Comisión” (**Ibid.**, Voto Salvado, párr. No. 8); c) en lo que se refiere a la Comisión Interamericana, que debe comparecer en todos los casos ante la Corte (art. 57 de la Convención), ésta es claramente una “parte **sui generis**’, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un ‘ministerio público’ del sistema interamericano de protección de los derechos humanos” (**Ibid.**, párr. No. 4)⁶.

Esta iniciativa del Juez Piza Escalante vino a ser institucionalizada por la Corte en su Reglamento del año 1996, en el cual dio participación autónoma a las víctimas en la etapa de reparaciones, y en el Reglamento del año 2000, en el cual dio participación autónoma a las víctimas en todo el proceso ante la Corte, una vez sometido el caso por la Comisión Interamericana al tenor de lo que dispone el artículo 61.1 de la Convención.

En su informe a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA, el 9 de marzo de 2001, el actual Presidente de la Corte Interamericana, Juez Antônio A. Cançado Trindade, señaló que:

En efecto, con el Reglamento de 2000 de la Corte Interamericana, las presuntas víctimas, sus familiares

⁶ Asunto de Viviana Gallardo y otras. Resolución del 8 de setiembre de 1983. Voto Salvado del Juez Rodolfo E. Piza E., párr. 39 y 40.

o representantes podrán presentar solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante *todo* el proceso ante el Tribunal (artículo 23). Así, una vez que la Corte notifica la demanda a la presunta víctima, sus familiares o representantes, les otorga a éstos un plazo de 30 días para la presentación, en forma autónoma, de los escritos conteniendo sus solicitudes, argumentos y pruebas (artículo 35(4)). Asimismo, durante las audiencias públicas, podrán ellos hacer uso de la palabra para la presentación de sus argumentos y pruebas, debido a su condición de verdadera parte en el proceso (artículo 40(2)). Con este relevante avance, queda en fin aclarado que las verdaderas partes en un caso contencioso ante la Corte son los individuos demandantes y el Estado demandado, y, sólo procesalmente, la Comisión Interamericana (artículo 2(23)).

Con el otorgamiento del *locus standi in iudicio* a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, en todas las etapas del proceso ante la Corte, pasan ellos a disfrutar de todas las facultades y obligaciones, en materia procesal, que, hasta el Reglamento de 1996, eran privativos únicamente de la Comisión y del Estado demandado (excepto en la etapa de reparaciones). Esto implica que, en el procedimiento ante la Corte, podrán existir, o coexistir, tres posturas distintas: la de la presunta víctima (o sus familiares o representantes), como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; la de la Comisión, como órgano auxiliar de la Corte; y la del Estado demandado.

Esta histórica reforma introducida en el Reglamento de la Corte sitúa a los distintos actores en perspectiva correcta; contribuye a una mejor instrucción del

proceso; asegura el principio de contradictorio, esencial en la búsqueda de la verdad y la prevalencia de la justicia bajo la Convención Americana; reconoce ser de la esencia del contencioso internacional de los derechos humanos la contraposición directa entre los individuos demandantes y los Estados demandados; reconoce el derecho de libre expresión de las propias presuntas víctimas, el cual es un imperativo de equidad y transparencia del proceso; y *last but not least*, garantiza la igualdad procesal de las partes (*equality of arms/égalité des armes*) en todo el procedimiento ante la Corte⁷.

4. Los principios fundamentales del Derecho de los derechos humanos

Rodolfo E. Piza Escalante hizo diversas contribuciones al Derecho de los derechos humanos, entre los que no escapa sus aportes a la doctrina propiamente como tal. Sobre esta materia cabe resaltar que en el mes de julio de 1982 participó con una ponencia en la Quinta Conferencia Anual “Armand Hammer” sobre “Paz y Derechos Humanos, Derechos Humanos y Paz” que se celebró en Hyde Park, Nueva York, Estados Unidos de América.

Esta ponencia denominada *Principios Fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos* contiene lo

⁷ Seminario “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI” (23-24 nov. 1999: San José, Costa Rica). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI: Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección / Relator: Antônio Augusto Cançado Trindade. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, págs. 284-285.

que el entonces Juez Piza Escalante consideraba que eran algunos principios fundamentales del Derecho de los derechos humanos. Por su importancia, me permito transcribir a continuación los 15 principios, tal y como fueron desarrollados por él:

1. Principio de fundamentalidad:

Los derechos humanos son fundamentales, en el sentido de que se derivan de la intrínseca dignidad del ser humano y no de la voluntad de ninguna autoridad, la cual debe limitarse a reconocerlos, hacerlos efectivos y respetarlos.

2. Principio de humanidad (igualdad -no discriminación-)

Los derechos humanos se atribuyen a cada uno y todo ser humano por la sola razón de serlo, por igual y sin discriminación alguna, salvo aquellas autorizadas expresa y restrictivamente por el Derecho Internacional.

3. Principio de universalidad (internacionalidad):

Los derechos humanos son universales, en el sentido de que su reconocimiento, aplicación y respeto son obligaciones intrínsecas de cada ser humano, sociedad o Estado, y de la comunidad internacional, y de que ellos caen bajo el ámbito y jurisdicción tanto del Derecho Nacional como del Internacional.

4. Principio de necesidad (inalienabilidad):

Los derechos humanos son indispensables para la dignidad fundamental del ser humano y para la existencia misma de la humanidad; por lo tanto, son inalienables, imprescriptibles e irrenunciables, salvo en el tanto previsto expresa y restrictivamente por el Derecho Internacional.

5. Principios de indivisibilidad e interdependencia:

Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, en el sentido de que son atribuidos coherentemente para la elevación y respeto de la dignidad humana y para el desarrollo armónico de todos los seres humanos en conjunto; por lo tanto, cada derecho humano debe hacerse eficaz de una manera congruente con los demás derechos y ninguno de una manera incongruente con los derechos de los demás seres humanos.

6. Principio de exigibilidad:

Sin perjuicio de su indivisibilidad e interdependencia, cada uno y todo derecho humano es disfrutable y exigible por sí mismo, sin estar sujeto a ninguna condición o restricción derivada de otros derechos humanos, salvo en la medida prevista expresa y restrictivamente por el Derecho Internacional.

7. Principio de incondicionalidad:

Los derechos humanos implican deberes correspondientes del ser humano para consigo mismo, para con los demás hombres, para con las comunidades nacional e internacional y para con la humanidad entera, pero la titularidad y ejercicio de tales derechos no está condicionada al cumplimiento de aquellos deberes, salvo en la medida prevista expresa y restrictivamente por el Derecho Internacional.

8. Principio de expansibilidad:

Los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional o Nacional son mínimos y deben ser realizados de una manera expansiva, de manera que puedan ser ensanchados progresivamente mediante

otros derechos humanos que se deriven de la dignidad intrínseca del ser humano.

9. Principio de prevalencia:

Los principios y normas de derechos humanos son de orden público y deben prevalecer sobre cualesquiera otros principios o normas de rango igual correspondientes a cualquiera otra disciplina del Derecho.

10. Principio de Imperatividad (*jus cogens*):

El Derecho de los Derechos Humanos, en general, forma parte del Derecho Internacional General Imperativo (*jus cogens*). En consecuencia:

- a) Sus principios fundamentales, inclusive los contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros documentos en materia de derechos humanos similarmente reconocidos por las Naciones Unidas, tienen el carácter y validez de las “normas imperativas del Derecho Internacional” (*jus cogens*), con los efectos atribuidos a los mismos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969;
- b) El mismo carácter, validez y efectos deben darse a los principios fundamentales del Derecho de los Derechos Humanos de los sistemas regionales reconocidos por las Naciones Unidas;
- c) Determinados derechos humanos específicos, reconocidos por los pactos y convenciones internacionales adoptados dentro del Sistema de las Naciones Unidas o, en su caso, dentro de los sistemas regionales reconocidos por aquéllas, deberán también ser considerados como parte de las normas

imperativas del Derecho Internacional en especial aquellos que no pueden ser condicionados o suspendidos por la legislación interna o por actos autorizados por ésta;

d) Los derechos humanos solamente deben ser limitados, condicionados, exceptuados o suspendidos en los casos y en la medida expresa y restrictivamente autorizados por los correspondientes instrumentos del Derecho Internacional;

e) Cualquier norma o acto, tanto internacional como nacional, que viole, suprima, modifique o restrinja derechos humanos reconocidos por una norma o principio de mayor rango de conformidad con el Derecho Internacional, salvo en la medida autorizada expresa y restrictivamente por éste, será nula e ineficaz.

11. Principio de transnacionalidad (interacción):

Los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional deben ser vinculantes por sí mismos en el Derecho interno, con el rango de las normas constitucionales.

Los derechos humanos reconocidos por el Derecho interno deben ser vinculantes para el Estado correspondiente, como normas de carácter internacional, mientras no sean incompatibles con el Derecho Internacional.

La misma interacción debe existir entre los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional universal y regional, con respecto a los Estados que pertenezcan a ambos.

12. Principio de razonabilidad:

Las normas de derechos humanos deben interpre-

tarse y aplicarse de la manera que más razonablemente conduzca al cumplimiento pleno de su propósito fundamental de promover y proteger al ser humano en su integridad.

Toda excepción, suspensión, limitación o condición de los derechos humanos autorizada por el Derecho debe restringirse a lo razonablemente necesario en una sociedad democrática, para proteger los derechos humanos de otras personas, para garantizar la seguridad de todos ellos o para cumplir las justas demandas del bien común.

La discrecionalidad en el campo de los derechos humanos debe estar limitada, en general, por los principios del Derecho de los Derechos Humanos, y sujeta a fiscalización judicial en cuanto a su razonabilidad fundamental, su justicia y el respeto a la dignidad humana.

13. Principio “pro-homine”:

Las normas de derechos humanos deben interpretarse y aplicarse extensivamente en todo cuanto favorezca al ser humano y al pleno goce de los derechos humanos, y restrictivamente en todo lo que los excluya, restrinja y condicione o exceptúe.

Los conflictos de normas deben resolverse siempre en el sentido más favorable al ser humano.

14. Principios de irretroactividad-retroactividad:

Cualquier norma que suprima, limita, restrinja o condicione los derechos humanos es irretroactiva. Cualquier norma que los reconozca, aplique, garantice o extienda es aplicable inmediatamente, aun respecto de situaciones consolidadas con anterioridad a la misma.

15. Principios de accionabilidad:

Tratándose de aquellos derechos humanos y libertades fundamentales inmediatamente atribuidos al ser humano, todo ser humano debe tener garantizado un derecho de acción autónomo para exigir el respeto y cumplimiento de tales derechos o libertades, tanto ante tribunales independientes internos, como ante organismos internacionales apropiados.

Tratándose de aquellos derechos humanos que sean legal o naturalmente dependientes de una acción progresiva de parte del Estado, cada uno y todo individuo debe gozar por lo menos: 1. de un derecho de petición para demandar el cumplimiento de tales derechos, ante las autoridades nacionales; 2. de un derecho de acción autónomo para oponerse a cualquier actividad de parte del Estado que pueda impedir o retrasar el cumplimiento de tales derechos, tanto ante tribunales internos independientes como ante organismos internacionales apropiados.

Todos estos principios señalados por el Juez Piza Escalante desde el año 1982 se han ido incorporando paulatinamente a la doctrina y a la práctica del Derecho Internacional de los derechos humanos. Cabe señalar, especialmente, el denominado principio *pro homine*, el cual es constantemente citado en los escritos que se dirigen a la Corte Interamericana.

IV. Conclusiones

Rodolfo E. Piza Escalante, Juez y Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, marcó una época en la historia del Tribunal, la de sus primeros

10 años. Junto con sus jueces compañeros, entre los que cabe señalar especialmente y por antigüedad a Máximo Cisneros Sánchez del Perú, Carlos Roberto Reina de Honduras, Thomas Buergenthal de los Estados Unidos de América, Pedro Nikken de Venezuela, Rafael Nieto Navia de Colombia, Héctor Gros Espiell del Uruguay y Héctor Fix-Zamudio de México, les cupo la gran responsabilidad y el alto honor de impulsar desde sus inicios a la Corte Interamericana, lo que hicieron con esfuerzo, dedicación y responsabilidad. A ellos les tocó poner las bases no solamente institucionales del Tribunal, sino también emitir las primeras opiniones consultivas y dictar las primeras sentencias en casos contenciosos. Considero, sin temor a equivocarme, que el carácter impulsivo y definido de Rodolfo E. Piza Escalante, primer Presidente de la Corte, ayudó a imprimir el sello que caracterizó al Tribunal en sus primeros años. Ellos hicieron frente a su responsabilidad de jueces internacionales en materia de derechos humanos con muy escasos recursos, pero con una determinación que le permitió al Tribunal superar los obstáculos iniciales que se presentaron y llegar a ser, con el transcurso de los años, la institución prestigiosa y consolidada que es hoy en día en toda América.

Aunque Rodolfo E. Piza Escalante después de dejar la Corte Interamericana se dedicó al Derecho Constitucional, ya que fue uno de los responsables de redactar la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica y la reforma de los artículos constitucionales respectivos y, además fue Magistrado de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica desde sus inicios hasta su muerte, llegando incluso a alcanzar la Presidencia del mismo, no se desligó

totalmente del Derecho Internacional de los derechos humanos, cuyos principios incorporó a sus fallos como juez constitucional, fallos que se han ganado un sitio muy destacado en la historia constitucional de Costa Rica.

Como culminación de su carrera como internacionalista y apasionado defensor de los derechos humanos y por sus contribuciones a la política exterior de Costa Rica, la Asociación Costarricense de Derecho Internacional “Philip C. Jessup” le otorgó el 23 de abril de 2001 el Premio Anual Manuel María de Peralta. En esa ocasión tuve el alto honor y la especial satisfacción de leer una semblanza que de él habían preparado los abogados Álvaro Cabezas Gutiérrez y Paula Lizano Van der Laat, quienes trabajaron con él como letrados en la Sala Constitucional. Esas palabras las quiero anexar, a manera de conclusión, al presente trabajo, ya que revela peculiaridades muy propias de Rodolfo E. Piza Escalante y dan una idea cabal de quién fue y qué hizo este ilustre jurista.

*San José, Costa Rica,
Mayo de 2002*

Anexo - Premio Manuel María de Peralta 2001 Rodolfo E. Piza Escalante

Quiero agradecer a la Asociación Costarricense de Derecho Internacional “Phillip C. Jessup” por permitirme este año pronunciar algunas palabras sobre la persona que ha sido escogida para recibir el premio Manuel María de Peralta. Valga resaltar que esta mención ha servido como reconocimiento a la trayec-

toria de costarricenses que han dedicado esfuerzos significativos a lo largo de sus vidas al estudio, la promoción y la difusión del Derecho Internacional en beneficio de nuestro país. En razón de lo anterior, me complace y celebro con júbilo la designación del Doctor Rodolfo E. Piza Escalante para ese premio.

Don Rodolfo E. Piza Escalante es un personaje difícil de retratar: Juez, Jurista, Político, Diplomático, todo con mayúscula, y por supuesto, un enamorado de su familia. Ha vivido la vida con gran plenitud, alcanzando las metas más altas y penetrando hasta lo más profundo de todo aquello que su inteligencia, muy fuera de lo común, le presenta como aquel objeto que su voluntad debe buscar y amar. Audaz defensor de sus ideales, tesonero, visionario, adelantado a sus tiempos; admirado, algunas veces incomprendido; y siempre analítico y, consecuentemente, controversial.

En sus alambicadas genealogías se descubre que ha recibido la herencia genética de nuestros patriotas más ilustres, padres de la democracia y de la fe en la libertad; también la de estirpes nobles que lo vinculan con los reyes de Castilla, con Mahoma y con Carlomagno. Así, tenemos un demócrata convencido, sobre todo defensor de la libertad y de la dignidad del hombre, con todas sus consecuencias, quien al mismo tiempo que está totalmente situado en la modernidad, su identidad moral e intelectual está hondamente enraizada en los valores más clásicos de Occidente. Por eso no es ni liberal, ni conservador; ideológicamente indefinible, pero en sus ideales totalmente definido.

Podría referirme al premiado desde muchos puntos de vista, pero me veo obligado por las circunstancias a limitarme a presentarles al Jurista merecedor de este

galardón. En esto, Don Rodolfo E. Piza Escalante tiene un mérito triple, no sólo como jurista, sino como juez y como maestro.

Su temprana vocación por el Derecho Administrativo se convirtió, posteriormente, en una pasión por el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional que ha dado muchos frutos. Don Rodolfo E. Piza Escalante ha escrito tres libros, además actualmente tiene dos en prensa, una traducción y cerca de 50 artículos monográficos que, en su mayoría, tratan del Derecho de los Derechos Humanos y sus garantías a nivel nacional e internacional, a lo que hay que agregar las más de 4.000 sentencias cuya redacción le han correspondido como magistrado de la Sala Constitucional. Trabajos todos que ponen de manifiesto la riqueza de su pensamiento jurídico, su peculiar capacidad analítica y, sobre todo, la intuición para prever y resolver los conflictos más graves; permanentemente inclinado o acaso, obstinado, por encontrar la solución más justa o, cuando menos, la menos injusta.

La dedicación a la enseñanza ha sido una constante en su vida. Ha sido profesor, incluso antes de concluir sus estudios de Derecho, en las cátedras de Derecho Internacional Público, Derecho Administrativo, Derecho Público General, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público, Teoría del Estado y Justicia Constitucional y Derecho de los Derechos Humanos, tanto a nivel de Licenciatura como de Doctorado, en la Universidad de Costa Rica, Universidad Central de Madrid, España, Universidad Autónoma de Centroamérica (UACA), Universidad Latino Americana de Ciencia y Tecnología (ULACIT)-Universidad Complutense de Madrid y Universidad

Homenaje

Autónoma de Centroamérica (UACA)-Universidad Carlos III de Madrid.

También ha sido profesor invitado y conferencista en reconocidas universidades norteamericanas, latinoamericanas, europeas y coreanas e instituciones internacionales sobre derechos humanos, por lo que se ha convertido en un viajero incansable, predicando siempre la supremacía del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente al Derecho Interno, y reiterando lo que, a mi juicio constituye el núcleo de todo su pensamiento jurídico, que es su afirmación rotunda y constante de que:

los Derechos Humanos son anteriores y superiores al Estado y a cualquier sociedad o autoridad humanas, los cuales no los crean, los descubren; no los otorgan, los reconocen, porque tienen que reconocerlos, respetarlos y garantizarlos, y, por ende, en palabras del Maestro García de Enterría, aunque tengan en sí mismos, cada uno, sus límites específicos, frente a ellos no pueden admitirse cláusulas generales de apoderamiento del interés público que aquéllos invocan para justificar sus mandatos.

También ha sido destacada su trayectoria como diplomático. Se desempeñó en el servicio exterior de este país como subdirector de protocolo y jefe del servicio consular (1949-1951); como embajador especial dirigió la representación de Costa Rica ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos y la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (1978) y como Embajador de Costa Rica ante Naciones Unidas (1978-1982). Durante este último período ejerció la jefatura de las Delegaciones costarricenses ante la Asamblea General

y la presidencia de la Comisión Política Especial y del Comité de Credenciales de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo en los años de 1979 y 1980 presidió varias veces la Asamblea General, en el ejercicio de su Vicepresidencia. Basta mencionar entre sus logros, durante esos años, la creación de la Universidad para la Paz por la Asamblea General de las Naciones Unidas, institución que tiene su sede en nuestro país.

Como Primer Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (1979-1981) don Rodolfo E. Piza Escalante fue responsable del contenido del Convenio de Sede firmado entre el Gobierno de la República de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mediante este Convenio se otorgó personería jurídica a la Corte, inmunidades y privilegios a sus Jueces, a sus secretarios y a su personal; se les concedieron prerrogativas de cortesía diplomáticas y facilidades de inmigración y permanencia, a todos ellos como a los comparecientes ante la Corte en calidad de representantes de los Estados, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o de los testigos, peritos u otras personas que la Corte decidiera escuchar durante el desarrollo de los procesos. Además, estas mismas inmunidades y privilegios se confirieron a las personas que comparecen ante la Corte como víctimas o denunciantes en los procesos.

Es menester señalar, muy especialmente, que don Rodolfo E. Piza Escalante fue el artífice del artículo 27 de ese Convenio, norma precursora en el Derecho Internacional y de afianzamiento para el tribunal interamericano de protección de derechos humanos, la

cual establece que las resoluciones de la Corte y, en su caso, de su Presidente, una vez comunicadas a las autoridades administrativas o judiciales correspondientes de la República, tendrían la misma fuerza ejecutiva o ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses. Asimismo fue el defensor para que en el marco de este mismo Convenio, Costa Rica se comprometiera a otorgar una subvención anual a la Corte Interamericana y a proporcionarle un local adecuado para su funcionamiento, aportes económicos que han permitido a este tribunal internacional de garantías funcionar adecuadamente más de 20 años.

Como Juez Internacional, emitió don Rodolfo E. Piza Escalante varios votos individuales que se adelantaron en más de 20 años a la época en que fueron dictados. Basta citar su Voto Razonado de 13 de noviembre de 1981 en el *Asunto Viviana Gallardo y otras*, en el que señaló que una vez sometido un caso por la Comisión Interamericana ante la Corte, no había razón alguna para negarle *locus standi* a las víctimas en el procedimiento ante la Corte. Hoy día, su idea ha quedado plasmada en el Reglamento de la Corte aprobado el pasado mes de noviembre y el cual entrará en vigor en junio próximo, permitiendo así al individuo de las Américas que el contenido de su dignidad como ser humano quede resguardado ante la instancia internacional regional de la materia en todas las etapas de los procedimientos.

También, como Presidente de la Corte Interamericana en 1980, fue quien consiguió directamente con el entonces Presidente de Costa Rica, don Rodrigo Carazo, que ese gobierno firmara el acuerdo de creación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos,

institución que se dedica desde entonces a la investigación, promoción y enseñanza de los derechos humanos en América, siendo ésta la única institución en el mundo de esta naturaleza, que se le ha reconocido personería internacional. Desde su creación don Rodolfo E. Piza Escalante se ha mantenido vinculado activamente a la misma como miembro de su Consejo Directivo, participando, entre muchas actividades, en cursos de formación en derechos humanos y misiones de observación de elecciones para el resguardo y el fortalecimiento de la democracia en el continente americano.

Asimismo, ha formado parte de diversas organizaciones para la salvaguarda, fortalecimiento, proyección y estudio del Derecho Internacional, entre las que se pueden enunciar a modo de ejemplo: miembro asociado del Instituto Luso Americano de Derecho Internacional (Santiago de Compostela, Madrid y San José), miembro del Consejo Asesor del Human Rights Journal (Estrasburgo, Francia), miembro de la Academie International des Droits de l'Homme (París, Francia) y fundador de la Asociación Costarricense de Derecho Internacional.

Como Magistrado Constitucional a partir del año 1989 y como Presidente de la Sala Constitucional a partir de 1999, su pensamiento de avanzada en el campo del derecho internacional de los derechos humanos se ha visto reflejado en sus reiterados votos salvados y sentencias de ese Tribunal. Valga resaltar como ejemplo, su pionera idea de elevar a rango constitucional todos aquellos convenios y tratados internacionales suscritos por Costa Rica, que resguardaran los derechos fundamentales de los costarricenses.

En todo lo dicho, don Rodolfo E. Piza Escalante ha dejado la marca de su talante, de sus ideales y de su genio. Quienes lo conocemos no tenemos que adivinar sus opciones ni sus opiniones, porque su pensamiento es como un gran mural, a la vista de todos: complejo, compuesto de muchos cuadros, perfectamente coherente, donde los trazos de ese pensamiento quedan perfectamente dibujados. Cada una de sus sentencias, de sus escritos, de sus discursos y enseñanzas diarias forman parte de esa obra que ha pintado sobre el sólido muro de su conducta, que es como una fuerte pared contra la cual se despedazan todas desconfianzas en la libertad del hombre y los intentos de lesionar su dignidad. No tolera ningún agravio contra los derechos y libertades fundamentales del hombre, que defiende con tesón y con vehemencia. Para don Rodolfo E. Piza Escalante no hay pecados veniales contra los derechos humanos y le resulta irritante la frivolidad frente al Derecho de la Constitución o al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por todo lo mencionado, él ha recibido muchos premios y distinciones a lo largo de su carrera académica y profesional, entre los que cabe destacar: el Premio de Derechos Humanos de la Foundation for the Establishment of an International Criminal Court, dos doctorados en derecho y en ciencia política *honoris causa* de prestigiosas universidades: una norteamericana y una coreana, el Premio de la Libertad de la Asociación Nacional de Fomento Económico y, recientemente, el nombramiento Académico de Número de la Academia Costarricense de Derecho y la mención de Caballero de Gracia Magistral en Grado de Gran Cruz, Orden Militar y Hospitalaria de San Juan de

Jerusalem, de Rodas y de Malta. En esas oportunidades como ahora, valga resaltar que si bien los premios enaltecen a las personas que los reciben, ellas también enaltecen esos galardones y creo que este es nuestro caso. El Premio que lleva el nombre de Don Manuel María de Peralta le calza perfectamente.

*San José, Costa Rica
Abril de 2001*

Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las medidas provisionales

*Emilia Segares R.**

*“La necesidad de acudir al proceso para obtener la razón
no debe perjudicar a quien tiene la razón”¹.*

I. Introducción

Muchas veces ocurre que durante la sustanciación del procedimiento de una denuncia (ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “la Comisión” o “la Comisión Interamericana”) o de una demanda (ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante “la Corte” o “la Corte Interamericana”), lo cual demanda un tiempo considerable, se producen situaciones de hecho o de derecho que pueden llegar a tornar imposible el cumplimiento de la recomendación de la Comisión o de la sentencia definitiva

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ García de Enterría, Eduardo. *La Batalla por las Medidas Cautelares*. Segunda Edición Ampliada. Madrid: Editorial Civitas, S.A., 1995, pág. 205.

de la Corte. Esto puede causar perjuicios muy graves, ya que se impide el derecho a la tutela judicial efectiva. Es por esto que con la adopción de medidas de protección se permite asegurar la plena efectividad de la recomendación o sentencia. Es decir, el sistema cautelar debe verse como un medio para garantizar la protección judicial.

Las medidas o providencias cautelares o precautorias son indispensables inclusive en procedimientos en los cuales se discuten los derechos o intereses legítimos de las personas, ya que es necesario establecer la situación que debe prevalecer durante el trámite para evitar que se consuman de manera irreparable violaciones a dichos derechos e intereses, o bien que pueda quedar sin materia la sentencia o resolución que se pronuncie en cuanto al fondo. Por eso es evidente que las providencias o medidas cautelares tienen mayor significado en el derecho internacional de los derechos humanos, pues en esta materia, más que en ninguna otra, es imprescindible evitar que durante la tramitación de un procedimiento ante los órganos tutelares, en particular los de carácter regional, se consumen de manera irreparable las violaciones de los derechos establecidos en los convenios internacionales respectivos, o se afecte a las personas que deben comparecer o han comparecido como testigos o peritos en estos procedimientos².

Es decir, en el derecho internacional de los derechos humanos las medidas provisionales protegen efecti-

² *Cfr.* Corte I.D.H., Prólogo a la Serie E: Medidas Provisionales No. 1, Compendio: 1987 – 1996, redactado en San José, Costa Rica, en junio de 1996, por el Juez Héctor Fix-Zamudio, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en ese entonces.

vamente derechos fundamentales en la medida en que buscan evitar daños irreparables a la persona humana como sujeto de este derecho; son una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo³.

En otras palabras, las medidas provisionales tienen como objeto “salvaguardar los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, en casos de extrema gravedad y urgencia y para evitar daños irreparables a las personas”⁴.

En orden de que quede clara la terminología que se utilizará en el presente artículo, es importante diferenciar los siguientes términos: medidas cautelares, medidas urgentes y medidas provisionales. Las medidas cautelares son las que adopta la Comisión Interamericana. Las medidas urgentes son las que adopta el Presidente de la Corte cuando el Tribunal no está reunido, y las medidas provisionales son las que adopta la Corte en pleno. El presente trabajo versará sobre las medidas provisionales.

La Corte Interamericana ha adoptado medidas provisionales en casos sumamente interesantes e importantes. En el presente artículo se hará una reseña de distintas decisiones de este Tribunal, ya sea en casos que se encuentran ante la Comisión o que está

³ *Cfr.* Corte I.D.H., Prólogo a la Serie E: Medidas Provisionales No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, redactado en San José, Costa Rica, el 2 de junio de 2000, por el Juez Antônio A. Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta la fecha.

⁴ *Cfr.* Corte I.D.H., Prólogo a la Serie E: Medidas Provisionales No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, redactado en San José, Costa Rica, el 2 de junio de 2000, por el Juez Antônio A. Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta la fecha.

conociendo la Corte. En atención a lo anterior es que se estima importante indicar que en algunos casos que no están ante la Corte, cuando resulta verdaderamente necesario, la Comisión solicita al Tribunal la adopción de medidas provisionales, debido a que, en la mayoría de los casos, un Estado determinado no ha cumplido con la decisión de ésta mediante la cual le solicitó la adopción de medidas cautelares. Esto obviamente es muy relevante ya que las medidas cautelares de la Comisión se fundamentan en su Reglamento y no en la Convención, a diferencia de las medidas provisionales ordenadas por el Tribunal, las cuales, por tener una base convencional, son sin duda alguna obligatorias.

Antes de continuar, se considera importante citar el artículo 63.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), el cual dice:

2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

Por otra parte, el artículo 25 del Reglamento de la Corte señala que:

1. En cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención.

2. Si se tratare de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión.
3. La solicitud puede ser presentada al Presidente, a cualquiera de los jueces o a la Secretaría, por cualquier medio de comunicación. En todo caso, quien reciba la solicitud la pondrá de inmediato en conocimiento del Presidente.
4. Si la Corte no estuviere reunida, el Presidente, en consulta con la Comisión Permanente y, de ser posible, con los demás jueces, requerirá del gobierno respectivo que dicte las providencias urgentes necesarias a fin de asegurar la eficacia de las medidas provisionales que después pueda tomar la Corte en su próximo período de sesiones.
5. La Corte, o su Presidente si ésta no estuviere reunida, podrá convocar a las partes a una audiencia pública sobre las medidas provisionales.
6. La Corte incluirá en su Informe Anual a la Asamblea General una relación de las medidas provisionales que haya ordenado en el período del informe y, cuando dichas medidas no hayan sido debidamente ejecutadas, formulará las recomendaciones que estime pertinentes.

El nuevo Reglamento de la Corte, el cual entró en vigencia el 1 de junio de 2001, en su artículo 23, señala que “[d]espués de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”. Posteriormente a la entrada en vigencia del nuevo Reglamento, la Comisión solicitó a la Corte que interpretara este artículo 23 en lo que respectaba a la presentación de los peticionarios de sus solicitudes,

argumentos y pruebas en forma autónoma durante la tramitación de las medidas provisionales. Esta petición fue aclarada mediante Resolución de la Corte de 29 de agosto de 2001, en la cual el Tribunal resolvió que:

1. La Corte recibirá y conocerá en forma autónoma las solicitudes, argumentos y pruebas de los beneficiarios de las medidas provisionales adoptadas por ésta en los casos en que se ha presentado la demanda ante ésta, sin que por ello quede exonerada la Comisión, en el marco de sus obligaciones convencionales, de informar a la Corte, cuando ésta lo solicite.
2. Sólo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos podrá suministrar información a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el trámite de aquellas medidas ordenadas por ésta y cuando no se haya presentado una demanda ante la misma.

Con esta Resolución quedó claro que los beneficiarios de las medidas provisionales pueden presentar sus observaciones a los informes que periódicamente presenta el Estado sobre las medidas provisionales que hubiese adoptado, únicamente en casos que se encuentran ante la Corte. Si el caso se encuentra ante la Comisión y la Corte ordena que se adopten medidas provisionales, es la Comisión la que debe dirigirse al Tribunal.

Casi todas las medidas provisionales solicitadas han sido adoptadas por la Corte, y la mayoría de ellas han protegido los derechos a la vida y a la integridad personal. En algunas ocasiones las personas protegidas son testigos en el caso y en otros se trata de la propia presunta víctima, de sus familiares, de comunidades, etc. Además, en casi todas las medidas provisionales

ordenadas por la Corte se solicita al Estado que presente informes periódicos sobre el asunto, y a la Comisión (y en el caso correspondiente a los beneficiarios de las medidas) que presente sus observaciones a dichos informes. De esta manera, el Tribunal considera dichos escritos y el estado en que se encuentra el cumplimiento de las medidas durante cada período de sesiones que celebra. Asimismo, es menester recalcar que en algunas ocasiones el Tribunal ha convocado a audiencias públicas sobre las medidas provisionales, en las cuales se informa sobre la situación en que se encuentran e incluso se escucha la declaración de testigos y el dictamen de peritos.

Otro dato importante es el de que la mayor parte de la jurisprudencia sobre medidas provisionales es relativamente reciente, ya que si bien desde 1987 se han ordenado providencias de esta naturaleza, es a partir de 1996 cuando se han presentado un mayor número de solicitudes al Tribunal.

Antes de proceder a reseñar algunas de las medidas ordenadas por la Corte, es importante señalar que las distintas resoluciones se podrían clasificar según el sujeto protegido o según el derecho protegido. Es decir, si se trata del sujeto, se podría clasificar según se trate de la presunta víctima, de sus familiares, de un testigo, de una comunidad, etc. Si se clasificara según el objeto o derecho protegido, se podría dividir en vida e integridad personal, centros de detención, etc. En el presente artículo se procederá a utilizar estos dos criterios sin dividir uno de otro, ya que todos los casos se pueden clasificar tanto por el sujeto como por el objeto de la medida, y entonces se repetiría su análisis.

II. Análisis Jurisprudencial

a) Protección a testigos por amenazas, hostigamientos, etc.

Los casos en los cuales se ha protegido (mediante la figura de las medidas provisionales) a testigos que hayan declarado en el ámbito interno o a testigos que hayan declarado ante la Corte son: *Caso Velásquez Rodríguez*; *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales*; *Caso Godínez Cruz*; *Caso Colotenango*; *Caso Caballero Delgado y Santana*; *Caso Carpio Nicolle*; *Caso Blake*; *Caso Bámaca Velásquez*; *Caso Paniagua Morales y otros y Vásquez y otros*, y *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*. Por tratarse estos casos de medidas provisionales ordenadas por la Corte para proteger a testigos y ser muy similares, en este artículo se expondrán solamente cuatro de ellos.

Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz. En estos casos, los cuales se encontraban ante la Corte, el 15 de enero de 1988⁵ el Tribunal ordenó al Estado de Honduras que “adopt[ara] sin dilación cuantas medidas [fueran] necesarias para prevenir nuevos atentados contra los derechos fundamentales de quienes ha[bían] comparecido o ha[bían] sido citados para comparecer ante [la] Corte”. Esto debido a que dos testigos, uno que había declarado ante la Corte y otro que había sido citado a comparecer ante el Tribunal, habían sido asesinados, además de que

⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales y Godínez Cruz. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 15 de enero de 1988. Serie E No. 1, Compendio: 1987-1996, págs. 5 a 7.

otros testigos que habían prestado declaración habían sido objeto de amenazas de muerte. En esta ocasión la Corte señaló que “la eliminación física de testigos o eventuales testigos, constituye una salvaje, primitiva e inhumana expresión de los más repudiables métodos, que ofende la conciencia americana y que desconoce de manera radical los valores que informan el Sistema Interamericano”. Además, la Corte ordenó al Estado que utilizara todos los medios a su alcance para investigar lo ocurrido, así como identificar y sancionar a los responsables. El Juez Rodolfo E. Piza Escalante, gran jurista a quien se dedica este libro y de quien aprendimos mucho, fue parte del Tribunal que adoptó esta valiosa decisión.

Caso Bámaca Velásquez. Asimismo, en el caso *Bámaca Velásquez*⁶ contra el Estado de Guatemala, en trámite ante la Corte, ésta ordenó la adopción de medidas provisionales con el propósito de proteger la vida e integridad personal del señor Santiago Cabrera, quien había rendido declaración testimonial en la audiencia pública sobre el fondo del caso celebrada en la sede del Tribunal los días 16, 17 y 18 de junio de 1998. La Comisión, como fundamento a su solicitud, informó que:

[el señor] Cabrera prestó testimonio [ante la Corte Interamericana] sobre hechos que implicaban claramente la responsabilidad en violaciones de derechos humanos de agentes del Estado específicos. Los agentes del Estado implicados en estos hechos no han sido juzgados y no se encuentran encarcelados.

⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de agosto de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 83 a 88.

Tampoco comparecieron ante la Honorable Corte a pesar de haber sido citados por dicho órgano. Dicha situación demuestra que actúan con una libertad que compromete la situación de seguridad del testigo nombrado. El [señor] Cabrera reside en Guatemala y volvió inmediatamente después de las audiencias en la Honorable Corte a su residencia en dicho país. El [señor] Cabrera ha solicitado a la Comisión recurrir a la Honorable Corte para que se proteja su vida e integridad personal.

Por otra parte, la Comisión también solicitó a la Corte que ordenara la adopción de medidas provisionales a favor de los familiares del señor Cabrera que vivían con él, lo cual dio lugar a que el Tribunal requiriera al Estado que adoptara “las medidas que [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal de los señores Alfonso Cabrera Viagres, María Victoria López, Blanca Cabrera, Carmenlinda Cabrera, Teresa Aguilar Cabrera, Olga Maldonado y Carlos Alfonso Cabrera”⁷.

b) Protección a presuntas víctimas en casos de centros de detención

Caso Loayza Tamayo. La primera solicitud de medidas provisionales relacionada con una prisión o centro de detención fue el caso *Loayza Tamayo*. En éste, a raíz de que la Comisión había remitido una comunicación del Estado del Perú sobre las condiciones de detención de la presunta víctima, señora María Elena Loayza Tamayo, y debido a una solicitud de medidas

⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de agosto de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 83 a 88.

provisionales de la Comisión, el Tribunal adoptó medidas provisionales el 2 de julio de 1996⁸. La medida solicitada por la Comisión era que se requiriera al Perú “que dej[ara] sin efecto el aislamiento celular y la incomunicación que le impuso a María Elena Loayza Tamayo el día 9 de abril de 1996, y que la restituy[era] al pabellón ‘A’”. Por su parte, el Estado manifestó que no se habían agravado las condiciones de detención de la señora Loayza Tamayo, sino que ésta estaba “sentenciada o condenada” a 20 años de pena privativa de libertad “por la comisión del delito de terrorismo en agravio del Estado”, por lo que debía cumplir su pena “en un centro de reclusión de máxima seguridad, con aislamiento celular continuo durante su primer año de detención [...]”. La Resolución de la Corte decidió ordenar al Estado peruano que tomara “aquellas medidas provisionales indispensables para salvaguardar eficazmente su integridad física, psíquica y moral”.

Luego, la Comisión informó⁹ a la Corte que la salud de la señora María Elena Loayza Tamayo se había deteriorado como consecuencia de que

se enc[ontraba] sometida a un régimen de vida inhumana y degradante, derivada de su incomunicación y de encontrarse encerrada durante 23 horas y media del día, en una celda húmeda y fría, de 2 metros por 3 metros aproximadamente, sin ventilación directa, donde hay tarimas de cemento, una letrina y un lavatorio de manos [...] La celda no tiene

⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 2 de julio de 1996. Serie E No. 1, Compendio: 1987-1996, págs. 179 a 184.

⁹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1996. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, pág. 384, visto 3.

iluminación directa; la luz llega en forma tenue e indirecta por los tubos fluorescentes de los pasillos. No le está permitido contar con radio, ni con diarios o revistas. Sólo está autorizada a tomar sol durante 20 ó 30 minutos cada día.

Consecuentemente, la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado que dejara sin efecto el aislamiento celular y la incomunicación a la que estaba sometida la señora Loayza Tamayo. Fue entonces cuando, mediante Resolución de 13 de septiembre de 1996¹⁰, el Tribunal requirió al Estado que

modifi[car] la situación en que se enc[ontraba] encarcelada la señora María Elena Loayza Tamayo, particularmente en lo referente a las condiciones del aislamiento celular al que est[aba] sometida, con el propósito de que esta situación se adecu[ara] a lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la resolución de la Corte de 2 de julio de 1996.

Asimismo, se requirió al Perú que “a la mayor brevedad brind[ara] tratamiento médico, tanto físico como psiquiátrico”, a la presunta víctima.

Cuando la Corte dictó la sentencia sobre el fondo del caso ordenó al Perú que pusiera en libertad a la señora Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable. Fue entonces cuando el 20 de octubre de 1997 el Estado presentó un escrito comunicando que ésta había sido liberada el día 16 de octubre de 1997. Como consecuencia de esto, el 11 de noviembre de 1997¹¹ el

¹⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1996. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 383 a 387.

¹¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo. Medidas Provisionales*.

Tribunal resolvió levantar y dar por concluidas las medidas provisionales ordenadas.

Caso Cesti Hurtado. La Comisión solicitó a la Corte, en el caso *Cesti Hurtado*, que a través de las medidas provisionales requiriera al Estado del Perú:

[q]ue cumpl[iera] con la sentencia dictada en el proceso de hábeas corpus por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima, sin perjuicio de que las investigaciones contin[uaran] ante el órgano judicial competente para determinar la eventual responsabilidad penal del señor Gustavo Cesti Hurtado¹².

Los hechos de este caso versaban, según la Comisión, sobre la denuncia presentada por el Comando del Ejército ante la Sala de Guerra del Consejo Supremo de Justicia Militar, lo cual causó que esta Sala abriera instrucción contra el señor Gustavo Cesti Hurtado por los delitos de desobediencia contra el deber y dignidad de la función, negligencia y fraude en agravio del Estado-Ejército peruano realizados en calidad de agente de seguros del Ejército. Esto causó que se abriera instrucción contra el señor Cesti, Capitán del Ejército peruano en situación de retiro desde hacía 13 años, en un proceso de defraudación, lo cual generó una orden de detención en su contra e impedimento de salida del país. Ante un hábeas corpus interpuesto por la presunta víctima por haber sido incluida en un proceso ante la justicia militar siendo él un ciudadano civil, la Sala Especializada de Derecho Público lo declaró con lugar.

Resolución de la Corte de 11 de noviembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 389 a 392.

¹² Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 11 de septiembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, pág. 147, visto 2.

Sin embargo, el Vocal Instructor del Consejo Supremo de Justicia Militar desconoció dicha decisión. En consecuencia, el 27 de febrero de 1997 el señor Cesti fue detenido y, de conformidad con lo señalado por la Comisión, éste no tenía contacto con el exterior y estaba impedido de recibir alimentos y medicinas por parte de su esposa, a pesar de que sufría de isquemia cardiaca. Finalmente, el señor Cesti fue condenado por el fuero militar a siete años de pena privativa de libertad.

Por otra parte, el Estado informó al Tribunal que la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima que resolvió el hábeas corpus había transgredido el ordenamiento jurídico interno al interferir en funciones correspondientes al fuero militar y que “de haber sido plantead[o] conforme a la ley, le correspondería [conocer de este recurso] a la Corte Suprema de la República [...]”. Asimismo, señaló que el señor Cesti Hurtado recibía visitas de sus familiares, abogados y amistades varias veces a la semana; tenía autorización para que una persona de su elección le proporcionara alimentos; se encontraba en una habitación con muchas comodidades, entre ellas televisor, radio, computadora y servicios higiénicos adecuados; usaba las áreas de recreación de la instalación, y le realizaban evaluaciones médicas periódicas en el Hospital Militar Central.

En la Resolución de 11 de septiembre de 1997¹³, la Corte consideró que:

[...] de los hechos y circunstancias planteados por la Comisión se determina que existe una vinculación

¹³ Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 11 de septiembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 147 a 153.

directa entre el pedido de la Comisión de que se libere al señor Cesti Hurtado, en cumplimiento de la resolución de hábeas corpus dictada por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Lima, y la materia misma sobre el fondo del caso que se ventila ante la Comisión Interamericana y que corresponde a ésta su decisión en esa etapa. Resolver la petición de la Comisión en los términos planteados, implicaría que la Corte podría prejuzgar sobre el fondo en un caso que todavía no se encuentra en su conocimiento.

Consecuentemente, el Tribunal ratificó la Resolución de medidas urgentes que había ordenado el Presidente el 29 de julio de 1997¹⁴, mediante el “otorgamiento de un tratamiento médico adecuado al señor Cesti Hurtado debido a sus dolencias cardíacas, con el objeto de preservar su integridad física, psíquica y moral”.

Unos meses más tarde, el 9 de enero de 1998, la Comisión sometió a consideración de la Corte el *caso Cesti Hurtado* contra el Estado peruano. Al presentar dicha demanda, la Comisión presentó una nueva solicitud de medidas provisionales, con el propósito que se ordenara la libertad condicional de la presunta víctima, mientras concluía el proceso ante la Corte, y que se liberara el patrimonio de éste que había sido embargado. En esta ocasión, el Tribunal, mediante Resolución de 21 de enero de 1998¹⁵, consideró que

¹⁴ Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 29 de julio de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 141 a 146.

¹⁵ Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 21 de enero de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 155 a 160.

[...] de la nueva documentación consignada por la Comisión, no aparecen elementos de convicción suficientes que le permitan inferir que la situación del señor Cesti Hurtado haya desmejorado. No obstante, [...] es oportuno precisar lo dispuesto en el Considerando 4 de [la] resolución para que un médico de [la] elección [del señor Cesti Hurtado] pueda hacerle en el Cuartel Simón Bolívar, los exámenes necesarios para preservar su integridad física y psíquica.

Posteriormente, el 3 de junio de 1999 la Corte emitió otra Resolución¹⁶, a raíz de una solicitud de la Comisión de ampliación de las medidas a favor de la esposa del señor Cesti (Carmen Judith Cardó Guarderas) y sus hijos (Margarita del Carmen y Gustavo Cesti Cardó), debido a que la esposa de la presunta víctima había denunciado que estaba siendo hostigada y amenazada su integridad física. En esta Resolución, la Corte decidió “[r]equerir al Estado del Perú que adopt[ara] las medidas provisionales que [fueran] necesarias para asegurar la integridad física y psíquica de los señores Carmen Judith Cardó Guarderas, Margarita del Carmen Cesti Cardó y Gustavo Cesti Cardó”. Además, el Tribunal requirió al Estado que investigara los actos denunciados que motivaron la ampliación de medidas provisionales.

El 12 de noviembre de 1999 el señor Cesti Hurtado informó a la Corte que había sido liberado el día anterior, aunque desconocía los términos en que ésta se produjo. Pese a ello el Tribunal emitió el 19 de no-

¹⁶ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 3 de junio de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 161 a 164.

viembre de 1999 otra Resolución¹⁷ en la cual mantuvo las medidas provisionales ordenadas en sus resoluciones anteriores. Finalmente, el 14 de agosto de 2000 la Corte resolvió¹⁸ “[l]evantar y dar por concluidas las medidas provisionales ordenadas”, fundamentada en que el Estado había manifestado que ya no se configuraban los requisitos de la extrema gravedad y urgencia y en consecuencia solicitó que se concluyera el trámite de medidas provisionales. Además, la Comisión también había expresado su consentimiento a la solicitud del Perú.

Caso James y otros. Las medidas provisionales James y otros han sido de suma importancia en virtud de que protegieron el derecho a la vida. La primera solicitud fue interpuesta el 22 de mayo de 1998 por la Comisión Interamericana, con el propósito de que la Corte

elev[ara] una petición a la República de Trinidad y Tobago para que se suspend[iera] las ejecuciones de los reos [Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel], que están presos en el pabellón de la muerte, hasta que la Comisión haya tenido la oportunidad de examinar y tomar una decisión sobre ellos conforme a las disposiciones de la Convención y el Reglamento de la Comisión.

¹⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 19 de noviembre de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 165 a 168.

¹⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Cesti Hurtado. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 14 de agosto de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 - Junio 2001, págs. 61 a 64.

Los hechos descritos por la Comisión eran, entre otros, que se pretendía ejecutar a las presuntas víctimas, las cuales habían sido condenadas a sufrir la pena de muerte, en junio de 1998, por lo que había solicitado medidas cautelares con el fin de suspender las fechas de sus ejecuciones hasta que la Comisión conociera sus casos. Sin embargo, pese a que las medidas cautelares habían sido ordenadas, el Estado de Trinidad y Tobago primero no respondió a la solicitud y en una manifestación posterior alegó que la Comisión “ni por acción u omisión, t[enía] jurisdicción para prevenir de manera alguna la ejecución de una sentencia autorizada por la Constitución y las leyes de Trinidad y Tobago y que fue pronunciada por un tribunal de jurisdicción competente” y dijo que estaba en libertad de ejecutar la sentencia de muerte de acuerdo con las disposiciones de su derecho interno.

Fue entonces cuando el Presidente de la Corte, el 27 de mayo de 1998, emitió una Resolución¹⁹ de medidas urgentes muy valiosa, en la cual consideró que la ejecución de la pena de muerte de las presuntas cinco víctimas afectaría la consideración del Tribunal de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión, por lo que “la medida idónea para garantizar la integridad del sistema [era] la suspensión de las ejecuciones”. Asimismo, aclaró que esta consideración no implicaba un pronunciamiento sobre el fondo de la solicitud de la Comisión, ni sobre las controversias que existían entre la Comisión y el Estado, ni sobre la interpretación de la

¹⁹ Cfr. Corte I.D.H., *Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 27 de mayo de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 275 a 279.

Convención y su relación con la Constitución Política de Trinidad y Tobago. De esta manera, el propósito de las medidas era garantizar que la Corte pudiera ejercer su mandato convencional. Es así como el Presidente de la Corte resolvió “[r]equerir a la República de Trinidad y Tobago que tom[ara] las medidas necesarias para asegurar que los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony Garcia y Christopher Bethel no [fueran] privados de la vida, con el propósito de que la Corte pu[diera] examinar la pertinencia de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”.

El 14 de junio de 1998 la Corte emitió una Resolución²⁰, después de haber analizado el informe del Estado presentado el 5 de junio de 1998, mediante el cual señaló los motivos que, en su opinión, “imp[edían] suspender la ejecución de las presuntas víctimas”. En ésta, el Tribunal aclaró que debido a que los casos no habían sido sometidos a su conocimiento, la consideración de este asunto no se refería al fondo de éstos “sino a las obligaciones de carácter procesal del Estado como Parte en la Convención Americana”. Además, la Corte, en esa misma Resolución, señaló que

los Estados Partes deben respetar las disposiciones de la Convención Americana de buena fe (*pacta sunt servanda*), incluyendo aquellas que permiten el desarrollo de los procedimientos ante los órganos de protección del sistema interamericano y aseguran la realización de sus fines. Por esta razón y para garantizar la protección efectiva de los derechos

²⁰ Cf. Corte I.D.H., *Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 14 de junio de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 281 a 286.

humanos, propósito fundamental de la Convención (artículos 51 y 63.2), los Estados Partes no deben tomar acciones que harían imposible la *restitutio in integrum* de los derechos de las presuntas víctimas.

Por otra parte, en esta Resolución se indicó que si el Estado ejecutaba a esas personas “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, se ordenó “a Trinidad y Tobago que tom[ara] todas las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony Garcia y Christopher Bethel, a fin de no obstaculizar la tramitación de sus casos ante el sistema interamericano”.

Posteriormente, en siete ocasiones, la Comisión solicitó a la Corte que se ampliaran las medidas provisionales a favor de Darrin Roger Thomas, Haniff Hilaire, Denny Baptiste, Wilberforce Bernard, Naresh Boodram, Joey Ramiah, Clarence Charles, Phillip Chotolai, George Constantine, Rodney Davis, Natasha De Leon, Mervyn Edmund, Alfred Frederick, Nigel Mark, Wayne Matthews, Steve Mungroo, Vijay Mungroo, Wilson Prince, Martin Reid, Noel Seepersad, Gangaleen Tahaloo, Keiron Thomas, Samuel Winchester, Peter Benjamin, Kevin Dial, Andrew Dottin, Anthony Johnson, Amir Mohlaw, Allan Phillip, Krishandath Seepersad, Narine Sooklal, Mervyn Parris, Francis Mansingh, Balkissoon Roodal, Sheldon Roach, Arnold Ramlogan, Beemal Ramnarace y Takoor Ramcharan. Estas solicitudes generaron siete

Resoluciones²¹ (seis del Presidente de la Corte y una de la Corte) ordenando al Estado de Trinidad y Tobago que adoptara las medidas que fueran necesarias para preservar las vidas de dichas personas. Las Resoluciones del Presidente de la Corte fueron ratificadas por la Corte²².

A raíz de que la Corte ordenara, mediante todas las distintas Resoluciones ya mencionadas, la adopción de medidas provisionales para preservar la vida de las presuntas víctimas, con el fin de no obstaculizar el trámite de estos casos ante el sistema interamericano, el Estado tomó una posición de no estar dispuesto a suspender dichas ejecuciones, lo cual causó que el

²¹ Corte I.D.H., *Casos James y otros, Briggs, Noel, García y Bethel. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 29 de junio de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 287 a 291; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 13 de julio de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 293 a 297; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 22 de julio de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 299 a 303; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 11 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 323 a 328; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 27 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 349 a 356; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 19 de junio de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 365 a 372; y Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 25 de octubre de 2001.

²² Cfr. Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de agosto de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 307 a 322, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 25 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 329 a 347, punto resolutivo segundo a); Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 25 de septiembre de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 373 a 381, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 26 de noviembre de 2001, punto resolutivo primero.

Tribunal, de conformidad con el artículo 65 de la Convención, indicara en su Informe Anual a la Asamblea General correspondiente a 1998 que Trinidad y Tobago no había cumplido con sus Resoluciones. Otro hecho que no se debe dejar pasar es que el Estado denunció la Convención el 26 de mayo de 1998, denuncia que, de conformidad con el artículo 78.1 de la Convención Americana, se hizo efectiva el 26 de mayo de 1999. Además, el artículo 78.2 de la Convención señala que “la denuncia no tiene como efecto el relevar al Estado de sus obligaciones respecto de actos que puedan constituir una violación de dicha Convención”²³.

Este incumplimiento por parte del Estado de Trinidad y Tobago de las Resoluciones de la Corte Interamericana causó que se ejecutara a dos de las personas protegidas, señores Anthony Briggs y Joey

²³ Cfr. Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 27 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 349 a 356, visto número 5, d), y considerandos segundo y tercero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 19 de junio de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 365 a 372, visto número 5, e), y considerandos segundo y tercero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 25 de septiembre de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 - Junio 2000, págs. 373 a 381, visto número 5, e), y considerandos segundo y tercero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 16 de agosto de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 - Junio 2001, págs. 211 a 222, considerandos segundo y sexto; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio Julio 2000 - Junio 2001, págs. 223 a 230, considerandos segundo y sexto; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 25 de octubre de 2001, considerandos segundo y tercero; Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 26 de noviembre de 2001, considerandos segundo y tercero; y Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 3 de septiembre de 2002, considerandos segundo y tercero.

Ramiah. Esta situación ocasionó que el Tribunal adoptara dos Resoluciones²⁴ posteriores en las cuales, además de hacer constar que el Estado debió preservar la vida e integridad personal de las presuntas víctimas ejecutadas y de que éste no había presentado los informes sobre las medidas provisionales ordenadas, requirió a Trinidad y Tobago que mantuviera las medidas provisionales ordenadas, que informara sobre la situación de algunas de las presuntas víctimas, y que presentara los informes solicitados.

El 10 de enero de 2002 la Comisión informó que los señores Anderson Noel y Christopher Bethel habían sido sentenciados por homicidio sin premeditación y habían sido condenados a cuatro años más de prisión. El 17 de enero de 2002, en respuesta a una solicitud de la Corte, la Comisión indicó que “ya no persistían las circunstancias de peligro inminente o vulnerabilidad a un daño irreparable, generadas como consecuencia de las penas de muerte impuestas a estas personas”²⁵. Esto dio lugar a que el 3 de septiembre de 2002²⁶ la Corte resolviera levantar la orden de adoptar medidas provisionales a favor de estos dos señores y mantener las demás medidas ordenadas a favor del resto de las personas protegidas.

²⁴ *Cfr.* Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 16 de agosto de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 - Junio 2001, págs. 211 a 222; y Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 - Junio 2001, págs. 223 a 230.

²⁵ *Cfr.* Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 3 de septiembre de 2002, vistos quinto a noveno.

²⁶ *Cfr.* Corte I.D.H., *Casos James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 3 de septiembre de 2002.

Caso Gallardo Rodríguez. Esta solicitud de medidas provisionales fue presentada a la Corte el 18 de diciembre de 2001 y es muy interesante por las peticiones que se plantearon. Este caso se encuentra en trámite ante la Comisión. La Comisión señaló que la vida e integridad personal del señor José Francisco Gallardo Rodríguez, quien se encontraba “detenido de hecho”, se hallaban en grave peligro. Además, dijo que dicha detención había sido estudiada por ella y por el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre la Detención Arbitraria y habían concluido que la detención era ilegal, pues resultaba de “procedimientos militares arbitrarios”. Manifestó también la Comisión que en su lugar de reclusión el General Gallardo había sido sometido a numerosos actos de hostigamiento, ya que le habían negado el derecho a recibir visitas, además de haber sido sometido a traslados súbitos sin explicación alguna. Es por ello que la Comisión expresó que la liberación del General era una condición *sine qua non* para evitar la consumación de daños irreparables, ya que la detención generaba daños irreparables al derecho a la vida y a la libertad de expresión de la presunta víctima. Incluso, se dijo que la sociedad mexicana estaba privada del pleno acceso a la visión del General Gallardo sobre su caso y sobre denuncias de abusos de las Fuerzas Armadas mexicanas, lo cual supuestamente causaba consecuencias irreparables al derecho a la libertad de expresión de los habitantes de México. En lo que respecta a los familiares del señor Gallardo, la Comisión señaló que su “detención de hecho” acarrearía daños irreparables a su esposa y a sus cuatro hijos. Como consecuencia de esta solicitud, el Presidente de

la Corte ordenó²⁷ la adopción de “cuantas medidas [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal del General José Francisco Gallardo Rodríguez”, además de que convocó²⁸ a las partes (Comisión Interamericana y Estado de México) a una audiencia pública. Sin embargo, antes de que se celebrara la audiencia pública el Estado informó a la Corte que

el Presidente de la República, [L]icenciado Vicente Fox Quesada, expidió un acuerdo dirigido a la Secretaría de la Defensa Nacional por el que concede la reducción de las penas que el Sr. Gallardo Rodríguez se encontraba cumpliendo [y que en] cumplimiento del Acuerdo Presidencial referido [...] la Dirección General de Justicia Militar solicitó a las autoridades penitenciarias del Estado de México la liberación de José Francisco Gallardo, [quien ya fue liberado y] cuenta con la protección que le brinda las 24 horas del día una escolta²⁹.

Posteriormente la Comisión, primero retiró su solicitud de medidas provisionales, pero luego informó al Tribunal que el General Gallardo había sido objeto de amenazas, al igual que sus familiares habían sido víctimas de hostigamientos, por lo que los peticionarios temían por la vida e integridad personal de dichas personas.

²⁷ Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 20 de diciembre de 2001.

²⁸ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 20 de diciembre de 2001, punto resolutivo cuarto; y Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 23 de enero de 2002, punto resolutivo primero.

²⁹ Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de 18 de febrero de 2002, visto 4.

En consecuencia de todo lo anterior, el 18 de febrero de 2002 la Corte emitió una Resolución³⁰ en la cual consideró *inter alia*,

4. Que si bien el General Gallardo se encuentra liberado, su vida e integridad personal pudieran encontrarse en riesgo, tal y como él y sus representantes lo señalaron [...], razón por la cual se hace necesario mantener las medidas urgentes adoptadas por el Presidente [...], en el sentido de requerir al Estado la adopción de las providencias que sean necesarias para evitar daños irreparables al General Gallardo.

[...]

6. Que es responsabilidad del Estado adoptar medidas de seguridad para proteger a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción. Este deber se torna aún más evidente en relación con quienes estén vinculados en casos ante los órganos de supervisión de la Convención Americana.

Por lo tanto, la Corte ordenó al Estado que mantuviera cuantas medidas fueran necesarias “para proteger la vida e integridad personal del General José Francisco Gallardo Rodríguez, sin perjuicio de cualesquiera otras medidas que sean pertinentes de establecer”. Estas medidas provisionales se encuentran aún vigentes.

Caso de la Cárcel de Urso Branco. Esta solicitud de medidas provisionales ingresó el 6 de junio de 2002, y versa sobre un caso que se encuentra ante la Comisión. La petición de la Comisión se realizó a favor de los internos de la Casa de Detención José Mario Alves, conocida como “Cárcel de Urso Branco”, ubicada en la

³⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales.* Resolución de la Corte Interamericana de 18 de febrero de 2002.

ciudad de Porto Velho, Estado de Rondônia, Brasil, con el propósito de evitar que siguieran ocurriendo homicidios de internos. Este caso es muy interesante y demuestra la realidad que se vive en muchas cárceles de muchos países. En este centro penitenciario, alega la Comisión, que el 1 de enero de 2002 se dio una reubicación de los internos y, cuando las fuerzas especiales que participaron en dicha reubicación se habían retirado, inició un “homicidio sistemático” de varios presos, los cuales pidieron ayuda pero los agentes penitenciarios no intervinieron para evitar dichas muertes. Al día siguiente, dijo la Comisión, que un “grupo de choque” de la policía ingresó a la cárcel y un informe que prepararon indica que se encontraron 45 cuerpos de internos - algunos decapitados y con los brazos y piernas mutilados por el uso de armas punzantes, y otros fallecidos por golpes inferidos con “chunchos”, armas punzo penetrantes fabricadas por los propios presos-. Sin embargo, el Gobierno del Estado de Rondônia emitió un comunicado de prensa señalando que habían fallecido 27 personas. Con posterioridad a este suceso, señaló la Comisión que continuaron encontrándose cuerpos de internos en distintas ocasiones, así como se siguieron dando tentativas de homicidio. Esta situación generó la solicitud de la Comisión, la cual se fundamentó en que existía un riesgo permanente de que continuaran los homicidios en la cárcel, además del problema grave que causa que los internos tengan armas en su poder.

A raíz de todo lo anteriormente señalado, el 18 de junio de 2002³¹ la Corte adoptó una Resolución, la cual

³¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002.

es sumamente importante. En ésta, el Tribunal consideró que los hechos expuestos por la Comisión demostraban *prima facie* que se estaba dando una situación de extrema gravedad y urgencia. Asimismo, el Tribunal, en sus considerandos que van del sexto al undécimo, expresó cuestiones importantísimas, algunas ya dichas en ocasiones anteriores. A continuación se procede a citar lo señalado por el Tribunal en esta ocasión:

6. Que el artículo 1.1 de la Convención señala el deber que tienen los Estados partes de respetar los derechos y libertades en ella consagrados y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, incluidos, en el presente caso, los reclusos de la Cárcel de Urso Branco. En consecuencia, el Estado debe adoptar las medidas de seguridad necesarias para la protección de los derechos y libertades de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción, lo cual se torna aún más evidente en relación con quienes estén involucrados en procesos ante los órganos de supervisión de la Convención Americana³².
7. Que si bien esta Corte ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar a las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de

³² Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando décimo; Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de febrero de 2002, considerando sexto; y Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de febrero de 2002, considerando séptimo.

protección³³, el presente caso reúne la característica de que los beneficiarios son identificables, ya que “[e]n todo sitio donde haya personas detenidas, se deberá llevar al día un registro empastado y foliado que indique para cada detenido: a) Su identidad; b) Los motivos de su detención y la autoridad competente que lo dispuso; c) El día y la hora de su ingreso y de su salida”³⁴. Es por ello que este Tribunal considera que el Estado deberá presentar, en su primer informe sobre las medidas provisionales adoptadas [...], la lista de los reclusos que se encuentran en la Cárcel de Urso Branco, quienes son los beneficiarios de las presentes medidas provisionales.

8. Que, en virtud de la responsabilidad del Estado de adoptar medidas de seguridad para proteger a las personas que estén sujetas a su jurisdicción, la Corte estima que este deber es más evidente al tratarse de personas reclusas en un centro de detención estatal, caso en el cual se debe presumir la responsabilidad estatal en lo que les ocurra a las personas que están bajo su custodia.

³³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de septiembre de 2000. Serie E No. 3, considerando cuarto; y Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de agosto de 2000. Serie E No. 3, considerando octavo.

³⁴ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977, regla número 7.1).

9. Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo³⁵.
10. Que el caso al que se refiere la solicitud de la Comisión no se encuentra en conocimiento de la Corte en cuanto al fondo y, por lo tanto, la adopción de medidas provisionales no implica una decisión sobre el fondo de la controversia existente entre los peticionarios y el Estado³⁶.

³⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando cuarto; Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 14 de febrero de 2002, considerando quinto; Corte I.D.H., *Caso del Periódico "La Nación". Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2001, considerando cuarto; y Corte I.D.H., *Caso del Periódico "La Nación". Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 7 de septiembre de 2001, considerando cuarto.

³⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 30 de noviembre de 2001, considerandos noveno y décimo; Corte I.D.H., *Caso James y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 26 de noviembre de 2001, considerando octavo; Corte I.D.H., *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de octubre de 2001, considerando séptimo; y Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, considerando décimo tercero.

11. Que, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de investigar los hechos que motivan esta solicitud de medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.

Por tanto, el Tribunal ordenó al Estado que “adopt[ara] todas las medidas que [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas reclusas en la [mencionada cárcel], siendo una de ellas el decomiso de las armas que se enc[ontraran] en poder de los internos”. Además, se requirió al Estado del Brasil que investigara los hechos señalados y que presentara “listas actualizadas de todas las personas que se enc[ontraran] reclusas en la Cárcel de Urso Branco, de manera que se identifi[car]a a las que [fueran] puestas en libertad y a las que ingres[aran] a dicho centro penal”.

Posteriormente, en el escrito de la Comisión de observaciones al primer informe del Estado, ésta informó que, después de que la Corte ordenara las medidas provisionales, habían ocurrido hechos de “especial gravedad”, tales como:

- i) El 23 de junio de 2002 un prisionero fue asesinado dentro de la cárcel; tenía heridas profundas en la cabeza y en la nuca, y para llegar a donde se encontraba el recluso los autores del homicidio rompieron paredes.
- ii) 308 reclusos fueron colocados en el patio de la cárcel del 23 al 27 de junio de 2002; estuvieron desnudos, sin recibir comida, recibiendo agua esporádicamente, haciendo sus necesidades fisiológicas en el patio, además de que fueron golpeados y sus

cabellos rapados. Además, sus pertenencias personales fueron tiradas en un local denominado “iglesia”.

iii) El 5 de julio de 2002 aproximadamente 34 detenidos de la Central de Policía de Porto Velho fueron transferidos a la Cárcel de Urso Branco, donde se les instaló en una celda junto con nueve detenidos que ya se encontraban ahí. Los detenidos transferidos golpearon a los nueve reclusos, lo cual ocasionó que los agentes de la Compañía de Control de Disturbios ingresaran a la celda y agredieran a todos los reclusos.

iv) 22 reclusos han sido amenazados de muerte.

v) Miembros de la ONG Centro de Justicia Global visitaron la prisión de Urso Branco el 15 de julio de 2002. En la madrugada del 16 de julio de 2002, como represalia a la mencionada visita, los presos que se ubican en las celdas que fueron visitadas por los miembros de la citada ONG fueron golpeados y torturados por agentes penitenciarios y policías militares.

A raíz de estos hechos la Corte emitió una Resolución el 29 de agosto de 2002³⁷, en la cual consideró:

9. Que la información aportada por la Comisión Interamericana en su escrito de observaciones al informe del Estado [...], relativa a ciertos hechos graves ocurridos en la Cárcel de Urso Branco en perjuicio de los reclusos después de que la Corte ordenara medidas provisionales mediante Resolu-

³⁷ Corte I.D.H., *Caso de la Cárcel de Urso Branco. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de 29 de agosto de 2002.

ción de 18 de junio de 2002, demuestra *prima facie* que persiste una situación de extrema gravedad y urgencia que permite presumir que la vida y la integridad de los reclusos de la Cárcel de Urso Branco continúan en grave riesgo y vulnerabilidad. En consecuencia, se debe ordenar al Estado que adopte, sin dilación, las medidas provisionales necesarias para preservar la vida e integridad personal de todos los reclusos de la cárcel.

10.[...] pertinente y necesario, para proteger la vida e integridad personal de los reclusos de la Cárcel de Urso Branco, que las condiciones de este centro penitenciario se encuentren ajustadas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia³⁸. En particular, el Tribunal estima que debe existir una separación de categorías, de manera que “[l]os reclusos pertenecientes a categorías diversas deberán ser alojados en diferentes [...] secciones dentro de[l] establecimiento, según [...] los motivos de su detención y el trato que corresponda aplicarles”³⁹, y “[l]os detenidos en prisión preventiva deberán ser separados de los que están cumpliendo condena”⁴⁰. Asimismo, en cuanto a la disciplina y sanciones, cabe destacar que los funcionarios de la cárcel “no deberán, en sus relaciones con los reclusos, recurrir a la fuerza, salvo en caso de legítima defensa, de tentativa de evasión o de

³⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94, párr. 217.

³⁹ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, *supra* nota 32, regla número 8.

⁴⁰ Cfr. Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, *supra* nota 32, reglas número 8.b) y 85.1).

resistencia por la fuerza o por inercia física a una orden basada en la ley o en los reglamentos”⁴¹, y que “[l]as penas corporales, encierro en celda oscura, así como toda sanción cruel, inhumana o degradante [están] completamente prohibidas como sanciones disciplinarias”⁴².

Y resolvió:

1. Requerir al Estado que continúe adoptando todas las medidas que sean necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas reclusas en la Cárcel de Urso Branco.
2. Requerir al Estado que presente información sobre los graves hechos en perjuicio de los reclusos de la Cárcel de Urso Branco [...] ocurridos después de que la Corte ordenó la adopción de medidas provisionales de protección, mediante Resolución de 18 de junio de 2002.
3. Solicitar al Estado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que tomen las providencias necesarias para la creación de un mecanismo apropiado para coordinar y supervisar el cumplimiento de las medidas provisionales ordenadas por la Corte, de manera que se garantice libremente la comunicación entre los reclusos y las autoridades y organizaciones encargadas de verificar el cumplimiento de las medidas y que no se tome represalia alguna en perjuicio de los reclusos que proporcionen información al respecto.

⁴¹ Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, supra nota 32, regla número 54.1).

⁴² Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, supra nota 32, regla número 31.

4. Requerir al Estado que investigue los hechos que motiva[ron] la adopción de las medidas provisionales en este caso con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes, incluyendo la investigación de los hechos graves ocurridos en la Cárcel de Urso Branco después de que la Corte emitió la Resolución de 18 de junio de 2002.
5. Requerir al Estado que informe a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con lo solicitado por ésta, el nombre de todos los agentes penitenciarios y policías militares que se encontraban en la Cárcel de Urso Branco el 16 de julio de 2002 y el nombre de los que actualmente se encuentran laborando en dicha institución pública.
6. Requerir al Estado que, con el objeto de proteger la vida e integridad personal de los reclusos de la Cárcel de Urso Branco, ajuste las condiciones de la cárcel a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia, de conformidad con lo estipulado en el considerando décimo de la presente Resolución.
7. Requerir al Estado que, al remitir la lista completa de todas las personas que se encuentran reclusas en la Cárcel de Urso Branco, indique el número y nombre de los reclusos que se encuentran cumpliendo condena y de los detenidos sin sentencia condenatoria; y que, además, informe si los reclusos condenados y los no condenados se encuentran ubicados en diferentes secciones.
8. Solicitar al Estado que, a más tardar el 1 de octubre de 2002, presente información detallada sobre el cumplimiento de las medidas provisionales

ordenadas por este Tribunal en la Resolución de 18 de junio de 2002 y en la presente Resolución; y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente sus observaciones a dicho informe en un plazo de 15 días contado a partir de su recepción.

A la fecha aún se encuentran vigentes estas medidas provisionales, las cuales constituyen una valiosa jurisprudencia en lo que respecta a los centros de detención estatal.

c) Protección a grupos de personas o a comunidades

Caso Serech y Saquic. La primera solicitud de esta naturaleza fue ordenada mediante Resolución de la Corte de 28 de junio de 1996⁴³ y se planteó en este caso, a raíz de que catorce personas miembros o familiares de miembros del Presbiterio Kakchiquel de la Conferencia de Iglesias Evangélicas de Guatemala (CIEDEG) o personas que tenían un papel activo en la investigación de los asesinatos de los pastores de la CIEDEG, Pascual Serech y Manuel Saquic Vásquez, en agosto de 1994 y junio de 1995, respectivamente, estaban siendo sujetos de amenazas, hostigamientos y ataques por parte de un grupo de patrulleros civiles y ex comisionados militares de la zona, quienes consideraban a este grupo como contrario al Ejército. Este caso se encontraba en trámite ante la Comisión y, pese a que ésta había solicitado medidas cautelares, éstas no

⁴³ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Serech y Saquic. Medidas Provisionales.* Resolución de la Corte de 28 de junio de 1996. Serie E No. 1, Compendio: 1987-1996, págs. 165 a 171.

habían surtido efectos. Cuando la solicitud fue presentada a la Corte el Presidente ordenó medidas urgentes y, mediante la Resolución de 28 de junio arriba mencionada, el Tribunal:

2. [Requirió] al Gobierno de la República de Guatemala:
 - a. Que mant[uviera] las medidas provisionales en favor de Blanca Margarita Valiente de Similox, Vitalino Similox, Sotero Similox, María Francisca Ventura Sican, Lucio Martínez, Maximiliano Solís, Bartolo Solís, Julio Solís Hernández, María Magdalena Sunún González, Héctor Solís, José Solís, Gregoria Gómez, Juan García, Eliseo Cael y Víctor Tuctuc.
 - b. Que, como elemento esencial del deber de protección, tom[ara] medidas eficaces para investigar y, en su caso, sancionar a los responsables de los hechos.

Casi quince meses después, el 19 de septiembre de 1997, la Corte emitió otra Resolución⁴⁴ mediante la cual levantó y dio por concluidas las medidas provisionales ordenadas, con base en el escrito de la Comisión de 3 de junio de 1997 en el cual informó al Tribunal, entre otras cosas, que consideraba que las medidas provisionales podían ser levantadas.

Estas medidas provisionales fueron las primeras en proteger a un grupo de personas determinadas, ya que se sabía sus nombres y apellidos, es decir, estaban identificadas.

⁴⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Serech y Saquic. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 19 de septiembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 411 a 415.

Caso Clemente Teherán y otros. Esta solicitud de medidas provisionales fue interpuesta por la Comisión Interamericana con el propósito de que se protegiera la vida e integridad personal de un grupo de personas miembros de la Comunidad Indígena Zenú de San Andrés de Sotavento, ya que supuestamente habían sido víctimas de varios actos por conflictos debidos a la ocupación ilegal de tierras. Por este problema habían ocurrido homicidios, masacres, desapariciones forzadas de personas, entre otras cosas. Esta comunidad era, según la Comisión, una entidad territorial indígena de propiedad colectiva no enajenable. A raíz de estos hechos el Tribunal ordenó⁴⁵ la adopción de las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de los miembros identificados⁴⁶ de dicha comunidad para evitarles daños irreparables. También se solicitó al Estado de Colombia que investigara los hechos denunciados, identificara a los responsables y los sancionara. Así, el Tribunal ha adoptado varias Resoluciones⁴⁷ en el mismo sentido, pero con dos asuntos adicionales, a saber: a) requirió al Estado que

⁴⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Clemente Teherán y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 19 de junio de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 173 a 180.

⁴⁶ Las personas protegidas mediante medidas provisionales son Rosember Clemente Teherán, Armando Mercado, Nilson Zurita, Edilberto Gaspar Rosario, Dorancel Ortiz, Leovigildo Castillo, Santiago Méndez, Zoila Riondo, Saul Lucas, José Guillermo Carmona, Celedonio Padilla, Eudo Mejía Montalvo, Marcelino Suárez Lazaro, Fabio Antonio Guevara, José Luis Mendoza, Misael Suárez Estrada, Ingilberto M. Pérez, Martín Florez, Jacinto Ortiz Quintero, Juan Antonio Almanza Pacheco, José Carpio Beltrán y Luis Felipe Álvarez Polo.

⁴⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Clemente Teherán y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de enero de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 181 a 188; y Corte I.D.H., *Caso Clemente Teherán y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 12 de agosto de 2000.

investigara la veracidad de la posible vinculación de personas protegidas por las medidas provisionales con grupos ilegales, especialmente la posible participación de los señores Rosember Clemente Teherán (concejal), Juan Carlos Casado (alcalde) y Marcelino Suárez (cacique) en grupos armados paramilitares⁴⁸, y b) requirió a la Comisión Interamericana que presentara a la Corte información detallada respecto al estado de las medidas provisionales y a la situación de todas las personas protegidas, una vez que estableciera contacto con ellas⁴⁹.

Caso Álvarez y otros. Esta solicitud fue recibida el 7 de julio de 1997 por el Tribunal y se interpuso con el propósito de que la Corte ordenara al Estado de Colombia la adopción de medidas de seguridad efectivas para garantizar la vida y la integridad física de los señores José Daniel Álvarez, Nidia Linores Ascanio, Gladys López, Yanette Bautista, María Helena Saldarriaga, Piedad Marín, María Eugenia López, Adriana Diosa, Astrid Manrique, Faride Ascanio, Carmen Barrera y Evidalia Chacón, miembros de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Colombia (ASFADDES), así como de Erik Antonio Arellano Bautista, José Publio Bautista, Nelly María Ascanio, Ayda Mile Ascanio y Miriam Rosas Ascanio. Dicha Asociación, según lo expuesto por la Comisión, era una organización no gubernamental que reunía y

⁴⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Clemente Teherán y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de enero de 1999. Serie E No. 2, Compendio Julio 1996 – Junio 2000, punto resolutivo tercero.

⁴⁹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Clemente Teherán y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 12 de agosto de 2000, punto resolutivo tercero.

apoyaba a los familiares de víctimas de desapariciones forzadas en Colombia, luchaba contra la práctica de las desapariciones forzadas y procuraba lograr avances en la política nacional colombiana. Esta Asociación, según la Comisión, se manifestó en contra de varias decisiones judiciales que absolvían a funcionarios militares miembros de grupos paramilitares. Además, dijo la Comisión que en mayo de 1992 ASFADDES fue señalada por el entonces Comandante de la V Brigada como “simpatizante de la guerrilla”, momento a partir del cual se había hostigado y amenazado a sus miembros. Incluso, además de actos individuales supuestamente perpetrados en contra de las personas a favor de las cuales se solicitaron las medidas provisionales, expuso la Comisión que se dieron actos genéricos tales como lo ocurrido el 24 de junio de 1997, cuando una bomba destruyó la oficina y los archivos de la seccional de ASFADDES en Medellín.

Como consecuencia de esto el Presidente de la Corte emitió una Resolución el 22 de julio de 1997⁵⁰ en la que ordenó al Estado: que adoptara las medidas necesarias “para proteger la vida e integridad” de las personas ya mencionadas, “para evitarles daños irreparables, en estricto cumplimiento de la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos que tiene contraída de acuerdo con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; que “tan pronto como el señor Erik Antonio Arellano Bautista regres[ara] a su territorio, adopt[ara] cuantas medidas [fueran] necesarias para proteger su vida e

⁵⁰ Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 22 de julio de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 5 a 14.

integridad personal para evitarle daños irreparables”; que investigara los hechos denunciados y castigara a los responsables, y que “asegurar[a] que todas las oficinas de la Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Colombia pu[dieran] desarrollar sus funciones sin peligro a la vida o integridad personal de quienes trabajan para ella”.

Posteriormente, estas medidas provisionales fueron ampliadas⁵¹, mediante Resoluciones del Presidente y de la Corte, a favor del señor Javier Álvarez; María Eugenia Cárdenas y sus familiares; Daniel Prado, Estela de Prado y sus hijas, Camilla Alejandra y Lina; Luz Elsia Almanza; Hilda Rosario Jiménez; Ramón Rangel; Robinson Amador; Yamel López; Emely Pérez;

⁵¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de agosto de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 15 a 19, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 11 de noviembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 31 a 39, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 22 de diciembre de 1997. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 41 a 46, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 21 de enero de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 47 a 54, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 6 de agosto de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 65 a 69, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 29 de agosto de 1998. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 71 a 77, punto resolutivo tercero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 17 de julio de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 1 a 6, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 10 de agosto de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 7 a 14, punto resolutivo tercero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 11 de octubre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 15 a 23, punto resolutivo primero; Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 12 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 25 a 37, punto resolutivo tercero.

Yolanda Salamanca; Rosa Tulia Bolaños; Rocío Campos; Alexander Rodríguez; Ángel Quintero; Claudia Patricia Monsalve; Marta Soto; Silvia Quintero; Gloria Herney Galíndez; Gladys Ávila y Rocío Bautista.

En este caso, el Tribunal ordenó la adopción de medidas provisionales a favor de distintas personas identificadas, tal y como ya ha sido explicado, pero fue más allá al señalar que el Estado debía adoptar las medidas necesarias para asegurar que todas las oficinas de ASFADDES pudieran desarrollar sus funciones sin peligro a la vida o integridad personal de quienes trabajaban para ésta. Con esta frase la Corte indirectamente estaba protegiendo a los funcionarios que trabajaban en dicha Asociación respecto de los cuales no se sabían sus nombres, y así lo señaló al estipular que “si bien los señores Angel Quintero, Claudia Patricia Monsalve, Marta Soto, Silvia Quintero, Gloria Herney Galíndez, Gladys Ávila y Rocío Bautista no ha[bían] sido individualizados hasta el momento como beneficiarios de las medidas provisionales adoptadas por la Corte, los mismos estaban protegidos genéricamente por dichas medidas en razón de que el Tribunal estableció la obligación”⁵² genérica mencionada al inicio de este párrafo.

Caso Digna Ochoa y Plácido y otros. Esta solicitud fue decidida mediante Resolución de la Corte de 17 de

⁵² Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales.* Resolución del Presidente de la Corte de 11 de octubre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 15 a 23, considerando noveno; y Corte I.D.H., *Caso Álvarez y otros. Medidas Provisionales.* Resolución de la Corte de 12 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 25 a 37, considerando sexto.

noviembre de 1999⁵³. En este caso el Tribunal ordenó al Estado de México que adoptara las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad de los señores Digna Ochoa y Plácido, Edgar Cortéz Morales, Mario Patrón Sánchez y Jorge Fernández Mendiburu, miembros del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez; que adoptara cuantas medidas fueran necesarias para asegurar que las personas que trabajan o que acuden a las oficinas del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez puedan ejercer sus funciones o gestiones sin peligro a su vida o integridad personal y que investigara los hechos denunciados con el fin de descubrir a los responsables y sancionarlos.

La solicitud fue realizada básicamente porque la abogada Digna Ochoa y Plácido de la organización no gubernamental Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez había sido secuestrada durante cuatro días en agosto de 1999, además de que dicha abogada y los miembros de dicha organización habían recibido amenazas de diversa naturaleza.

Como se desprende de lo mencionado con anterioridad, estas medidas son muy similares a las del *Caso Álvarez y otros*, ya que protegen a personas identificadas y a personas no identificadas que trabajaran o acudieran a las oficinas de la organización no gubernamental indicada.

⁵³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Digna Ochoa y Plácido y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 17 de noviembre de 1999. Serie E No. 2, Compendio: Julio 1996 – Junio 2000, págs. 231 a 236.

Estas medidas provisionales fueron levantadas el 28 de agosto de 2001 mediante Resolución de la Corte⁵⁴, en virtud de que mediante escrito de 22 de agosto de 2001 la Comisión Interamericana indicó que no tenía objeción a la solicitud del Estado de que tales medidas fueran levantadas.

Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. El 22 de octubre de 2001 la Comisión solicitó a la Corte la adopción de medidas provisionales a favor de los integrantes de la organización no gubernamental Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y de los abogados Pilar Noriega García, Bárbara Zamora López y Leonel Rivero Rodríguez. Esta petición se debió a que el 19 de octubre de 2001 se produjo el homicidio de la señora Digna Ochoa, quien estuvo protegida por medidas provisionales ordenadas por la Corte, y junto a su cuerpo se encontró un mensaje que contenía una amenaza a los integrantes del Centro. Incluso se dijo que esta ejecución extrajudicial era una represalia por las actividades en defensa de los derechos humanos. Este lamentable hecho sirvió de base para que el 25 de octubre de 2001 el Presidente de la Corte ordenara⁵⁵ al Estado de México que adoptara las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad de los miembros de la organización no gubernamental indicada, así como de los abogados antes mencionados. Además, se requirió al Estado que investigara los

⁵⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Digna Ochoa y Plácido y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de 28 de agosto de 2001.

⁵⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 25 de octubre de 2001.

hechos denunciados y que diera participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas.

Posteriormente, el 30 de noviembre de 2001 la Corte ratificó⁵⁶ las medidas provisionales ordenadas por el Presidente y amplió las medidas provisionales para proteger la vida e integridad personal de Eusebio Ochoa López e Irene Alicia Plácido Evangelista, padres de Digna Ochoa y Plácido y de sus hermanos Carmen, Jesús, Luz María, Eusebio, Guadalupe, Ismael, Elia, Estela, Roberto, Juan Carlos, Ignacio y Agustín, todos Ochoa y Plácido.

Caso Helen Mack y otros. Esta solicitud de medidas provisionales fue interpuesta por la Comisión con el propósito de proteger la vida e integridad personal de la señora Helen Mack Chang y de los integrantes de la Fundación Myrna Mack, debido a que estas personas estaban siendo objeto de amenazas y hostigamientos, ya que estos defensores de derechos humanos estaban al tanto del proceso seguido en Guatemala por la ejecución de la señora Myrna Mack, hermana de Helen Mack. Estos hechos de extrema gravedad y urgencia fueron el fundamento de las Resoluciones del Presidente⁵⁷ y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁵⁸ que ordenaron al Estado de Guatemala que adoptara las medidas que fueran necesarias para

⁵⁶ Corte I.D.H., *Caso del Centro de Derechos Humanos Miguel Agustín Pro Juárez y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 30 de noviembre de 2001.

⁵⁷ Corte I.D.H., *Caso Helen Mack Chang y otros. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de agosto de 2002.

⁵⁸ Corte I.D.H., *Caso Helen Mack Chang y otros. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 26 de agosto de 2002.

proteger la vida e integridad de las señoras Helen Mack Chang, Viviana Salvatierra y América Morales Ruiz, del señor Luis Roberto Romero Rivera y de los demás integrantes de la Fundación Myrna Mack. Asimismo, se solicitó al Estado que le diera participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas y que, en general, los mantuviera informados sobre el avance de las medidas, y finalmente le solicitó que investigara los hechos denunciados, identificara y sancionara a los responsables. Estas medidas aun se encuentran vigentes y el caso de la señora Myrna Mack se encuentra en conocimiento de la Corte Interamericana.

Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Esta solicitud de medidas provisionales fue interpuesta por la Comisión Interamericana el 3 de octubre de 2000, con el propósito de proteger la vida e integridad personal de los habitantes de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, debido a que éstos habían sido objeto de actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares de la zona y de miembros del Ejército de Colombia; incluso, 47 de los miembros de la Comunidad habían sido asesinados en un período de nueve meses. Esta solicitud generó la Resolución del Presidente de 9 de octubre de 2000⁵⁹, la cual ordenó al Estado que adoptara las medidas que fueran necesarias para proteger la vida e integridad personal de un determinado grupo de personas⁶⁰ de la

⁵⁹ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 9 de octubre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 83 a 94.

⁶⁰ Las personas protegidas por esta Resolución son: Ricardo Quintero,

Comunidad. Además, el Presidente señaló, en el considerando séptimo de dicha Resolución, que la Corte

Filinaro Quintero, Senover Quintero, Albeiro Antonio Guzmán, Luz Fany Sepúlveda, Cristian Camilo Guzmán, Jesus Montoya, Ernestina Tuberquia, Carlos Hernando Tuberquia, Milorei Tuberquia, Herman Tuberquia, Edier Tuberquia, Ramon Zapata, Rosa Ema Álvarez, Andrea Álvarez, Rosalba Zapata, Leidi Zapata, Joaquin Escobar, Yazmin Guzmán, Yeison Guzmán, Nayivi Guzmán, Yadira Guzmán, Reynaldo Areiza, Rosmeri Guzmán, Alba Quintero, Derlis Quintero, Jader David, Amparo David, Morelia Guzmán, Elicer Guzmán, Rosa Ema Zapata, Pedro Luis Areiza, Fredy Areiza, Clara Areiza, Denis Guzmán, Derli Guzmán, Arelis Guzmán, Yuber Guzmán, Rosa Tuberquia, Jesus Emilio Tuberquia, Flora Danys Tuberquia, Arlenis Tuberquia, Alvaro Zapata, Rosalba Aguirre, Deyanira Aguirre, Blanca Zapata, Wilmer Zapata, Willian Guzmán, Blanca Lilia Areiza, Lubian Sepúlveda, Winer Guzmán, Yesica Guzmán, Arlevis Guzmán, Braian Guzmán, Nely Guzmán, Yandy Guzmán, Adolfo Guzmán, Marielli Guzmán, Marely Guzmán, Mario Durango, Marina Sánchez, Ferney Sánchez, Patricia Durango, Wilder Durango, Rosa Quintero, Carlos Sánchez, Bladimir Sánchez, Didier Sánchez, Mirlenis Guzmán, Paola Guzmán, Yaidis Guzmán, Hector Areiza, Liris Moreno, Jose Luis Borja, María Holguín, Consuelo Guzmán, Alexander Guzmán, Carlos Guzmán, Araseli Guzmán, Leidi Guzmán, Javier Sánchez, Blanca Nury Guzmán, Yei Carolina Sánchez, Leonel David, Amparo Sánchez, Edwin David, Luz Denys David, Alexis David, María Sánchez, Esteban David, Marlovi David, Juliana David, Yirlean David, Mauricio David, Antonio Guzmán, María Urrego, Erica Guzmán, Ana Jesusa Tuberquia, María Tuberquia, Amparo Tuberquia, Arnulfo Tuberquia, Jobernai Sánchez, Anibal Tuberquia, Aleida Tuberquia, Natalia Tuberquia, Fabian Tuberquia, Antonio Tuberquia, Libia Guzmán, Norberto Tuberquia, Edier Tuberquia, Dario Guzmán, Bienvenida Mazo, Dania Guzmán, Jeiner Guzmán, María Sepúlveda, Juan Gregorio Guzmán, Jaime Guzmán, Genito Guzmán, Dairo Guzmán, Sandra Guzmán, Amparo Guzmán, Liliana Guzmán, Monica Guzmán, Ledis Guzmán, Jhon Deives Guzmán, Antonio Areiza, Liliana Areiza, Queli Areiza, Olanier Areiza, Danilea Areiza, Ricardo Pineda, María Dolores Usuga, Fredy Pineda, Edwin Guzmán, Alba Lucia Giraldo, Alfenis Cardona, Luz María Gomez, Marveli Giraldo, Marcela Guzmán, Libardo Guzmán, Senubia Higuaita, Diomedes Guzmán, Zoila Tuberquia, Ovidio Usuga, Jarido Usuga, Luis Eduardo Usuga, Ivan Guzmán, Ricaurte Sepúlveda, Valentina Sepúlveda, Bernardo Sepúlveda, Luz Dary Tuberquia, Laidin Sepúlveda, Consuelo Usuga, Aldemar Quintero, Albeiro Usuga, Didier Usuga, Fidelina Sepúlveda, Edilia Quintero, Ramiro Rueda, María Quintero, Yorladi Rueda, Yorman Rueda, Jarlin Rueda, Uber Areiza, Alicia Guzmán, Otoniel Guzmán, Alba Guzmán, Jair Guzmán, Yudi Guzmán, Francisco Higuaita, Nohemi Tuberquia, Marlobe Higuaita, Edilson Tuberquia, Heider Higuaita, Deison Higuaita, Francisco Higuaita, Miro David, Uber Areiza, Teresa Guzmán, Jhon Guzmán, Beyanira Areiza, Davidson Areiza, Ramon Tuberquia, Angela Guzmán, Luis Tuberquia, Miladis Tuberquia, Luis Albeiro Tuberquia, Yulie Guzmán y Norber Sepúlveda.

ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección⁶¹; es, además, de esperarse que las medidas de protección adoptadas por el Estado en cumplimiento de las resoluciones dictadas por la Corte o su Presidente beneficien a otras personas de la misma comunidad que puedan encontrarse en igual situación de vulnerabilidad y riesgo.

Luego la Corte, el 24 de noviembre de 2000⁶², al ratificar la Resolución del Presidente recién indicada, en el considerando séptimo dijo:

Que si bien esta Corte ha considerado en otras oportunidades indispensable individualizar a las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables a efectos de otorgarles medidas de protección⁶³, el presente caso reúne características especiales que lo diferencian de los precedentes tenidos en cuenta por el Tribunal. En efecto, la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, integrada según la Comisión por aproximadamente 1200

⁶¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000, considerando octavo; y Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000.

⁶² Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio Julio 2000 – Junio 2001, págs. 95 a 126.

⁶³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000, considerando octavo, y Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de septiembre de 2000.

personas, constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida. Por ello, esta Corte considera conveniente dictar medidas provisionales de protección en favor de las personas ya protegidas por las medidas urgentes ordenadas por la Resolución del Presidente de 9 de octubre de 2000, como también, por las razones expuestas en la audiencia pública celebrada el 16 de noviembre de 2000, ampliarlas de tal manera que cubran a todos los miembros de la referida Comunidad.

Este párrafo es muy valioso puesto que implica un avance en la jurisprudencia del Tribunal en lo que respecta a la protección de grupos de personas o comunidades.

Con posterioridad a la adopción de medidas provisionales, la Comisión informó sobre hechos acaecidos que afectaban a los miembros de la Comunidad, tales como asesinatos, intimidaciones, amenazas, hostigamientos, violencia, intentos de violación, violación, detenciones, desapariciones, no ingreso de servicios públicos a la zona, en razón de los cuales señaló que se debía “garantizar la subida y bajada de transportes públicos con los alimentos necesarios para el consumo de la comunidad [y] brindar el apoyo necesario a la Comunidad de Paz frente a la opinión pública y la fuerzas de seguridad que operan a nivel local y [...] velar por su seguridad”. Esto ocasionó que la Corte adoptara una nueva Resolución el 18 de junio

de 2002⁶⁴. En esta decisión, en el considerando octavo, el Tribunal indicó que

anteriormente ha[bía] protegido, en el presente caso, a una pluralidad de personas que no ha[bían] sido previamente nominadas y que se enc[ontraban] en una situación de grave peligro en razón de su pertenencia a la Comunidad⁶⁵. En las circunstancias actuales del presente caso, en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó hay personas que prestan diferentes servicios a la Comunidad cuya vida e integridad personal están en la misma situación de riesgo, quienes no están determinadas, pero que pueden ser identificadas e individualizadas por este vínculo de servicio que tienen con dicha Comunidad. Por ello, esta Corte considera necesario mantener las medidas provisionales en favor de las personas ya protegidas en la Resolución del Presidente de 9 de octubre de 2000 y la Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000, como también, por las razones expresadas en los escritos presentados por la Comisión y el Estado y los respectivos alegatos expuestos durante la audiencia pública celebrada el 13 de junio de 2002, ampliarlas a todas las personas que tengan un vínculo de servicio con dicha Comunidad de Paz.

Entonces la Corte resolvió, entre otras cosas:

1. Requerir al Estado que mant[uviera] las medidas que [fueran] necesarias para proteger la vida e

⁶⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002.

⁶⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 24 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio Julio 2000 – Junio 2001, págs. 95 a 126. Además, Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

integridad personal de todos los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de la Resolución del Presidente de la Corte de 9 de octubre de 2000 y la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de noviembre de 2000.

2. Requerir al Estado que adopt[ara] las medidas que [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal de todas las personas que prestan servicios a los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en los términos de los considerandos octavo, noveno y décimo primero de la [...] Resolución.
3. Requerir al Estado que investigue los hechos que motiva[ron] la ampliación de [l]as medidas provisionales, con el fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones correspondientes.
4. Requerir al Estado que mant[uviera] cuantas medidas [fueran] necesarias para asegurar que las personas beneficiadas con las presentes medidas puedan seguir viviendo en su residencia habitual y contin[uara] asegurando las condiciones necesarias para que las personas de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, que se hayan visto forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares.
5. Requerir al Estado que garanti[zara] las condiciones de seguridad necesarias en la ruta entre San José de Apartadó y Apartadó, en la terminal de transporte de Apartadó y en el sitio conocido como Tierra Amarilla, tanto para que los transportes públicos de personas no sean objeto de nuevos actos de violencia, tales como los descritos en la

[...] Resolución [...], así como para asegurar que los miembros de la Comunidad de Paz reciban y puedan transportar de manera efectiva y permanente productos, provisiones y alimentos.

6. Requerir al Estado que contin[uara] dando participación a los beneficiarios de las medidas provisionales o sus representantes en la planificación e implementación de dichas medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
7. Requerir al Estado que, de común acuerdo con los beneficiarios o sus representantes, estable[ciera] un mecanismo de supervisión continua y de seguridad permanente en la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de conformidad con los términos de la [...] Resolución.

[...]

Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni. Esta solicitud fue interpuesta el 19 de julio de 2002 por los representantes de la Comunidad “con [el] objeto de preservar la integridad del derecho al uso y goce de la Comunidad sobre sus tierras y recursos, tal y como fueron reconocidos por la sentencia de la Corte sobre el fondo y reparaciones en el presente caso”. Esta solicitud buscaba que se ordenara al Estado “adoptar medidas provisionales para evitar el daño inmediato e irreparable resultante de las actividades actuales y continuas de los terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que explotan los recursos naturales existentes en el mismo”, entre otras medidas específicas.

El conocimiento de esta solicitud por parte del Tribunal fue realizado con posteridad al dictado de la sentencia sobre el fondo y las reparaciones⁶⁶, en la que la Corte decidió por unanimidad:

3. [...] que el Estado debe adoptar en su derecho interno, de conformidad con el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de las propiedades de las comunidades indígenas, acorde con el derecho consuetudinario, los valores, usos y costumbres de éstas, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 138 y 164 de la [...] Sentencia.

[...]

4. [...] que el Estado deberá delimitar, demarcar y titular las tierras que corresponden a los miembros de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni y abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni, de conformidad con lo expuesto en los párrafos 153 y 164 de la [...] Sentencia.

⁶⁶ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, puntos resolutivos tercero y cuarto.

Después de recibir diversos escritos de los representantes legales de la Comunidad, de la Comisión Interamericana y del Estado, además de haber celebrado una audiencia pública, el 6 de septiembre de 2002⁶⁷ la Corte emitió una Resolución en la cual:

1. Requ[irió] al Estado que adopt[ara], sin dilación, cuantas medidas [fueran] necesarias para proteger el uso y disfrute de la propiedad de las tierras pertenecientes a la Comunidad Mayagna Awas Tingni y de los recursos naturales existentes en ellas, específicamente aquéllas tendientes a evitar daños inmediatos e irreparables resultantes de las actividades de terceros que se han asentado en el territorio de la Comunidad o que exploten los recursos naturales existentes en el mismo, hasta tanto no se produzca la delimitación, demarcación y titulación definitivas ordenadas por la Corte.
2. Requ[irió] al Estado que dé participación a los peticionarios en la planificación e implementación de las medidas y que, en general, los mantenga informados sobre el avance de las medidas dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. Requ[irió] al Estado que investig[ara] los hechos denunciados que dieron origen a las presentes medidas con la finalidad de descubrir a los responsables y sancionarlos.

Estas medidas provisionales son sumamente diferentes ya que protegen a una Comunidad indígena pero no la vida e integridad de sus miembros, sino a su

⁶⁷ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de septiembre de 2002.

propiedad y a los recursos existentes en ésta, los cuales son base de su subsistencia, cultura y tradiciones. La Resolución de la Corte logró proteger la situación de extrema gravedad y urgencia de la Comunidad tomando en cuenta las costumbres indígenas de ésta. Asimismo, por ya haberse dictado sentencia sobre el fondo y reparaciones, es que los representantes de la Comunidad pudieron interponer esta solicitud sin que fuera la Comisión la que lo hiciera.

d) Otros casos de interés

Caso del Periódico “La Nación”. Esta solicitud de medidas provisionales versa sobre un caso que se encuentra en trámite ante la Comisión hasta la fecha y fue interpuesta por la Comisión a favor de los señores Mauricio Herrera Ulloa y Fernán Vargas Rohrmoser, periodista y representante legal, respectivamente, del periódico “La Nación”, de Costa Rica, “con el objeto de que [la Corte solicitara a] la República de Costa Rica [que] proteja la libertad de expresión” de dichas personas.

Cuando esta solicitud fue recibida la Corte no estaba reunida y el Presidente consideró⁶⁸

4. [...] al analizar el escrito de la Comisión de 28 de marzo de 2001 [...], [...] que la solicitud presenta aspectos que parecen vinculados al fondo del asunto y, además, estima necesario requerir información adicional a la Comisión Interameri-

⁶⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso del Periódico “La Nación”*. *Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 6 de abril de 2001. Serie E No. 3, Compendio Julio 2000 – Junio 2001, págs. 263 a 265.

cana y al Estado de Costa Rica [...], a ser por ambos suministrada por escrito a la Corte, respecto de los siguientes elementos: a) la urgencia de la situación; b) la gravedad de la situación; c) la probabilidad de daño irreparable que podría causarse a las presuntas víctimas; y d) las implicaciones que una decisión de la Corte sobre la adopción de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión podría tener para la resolución del fondo del caso.

Y en consecuencia resolvió, además de solicitar un informe a las partes:

3. Requerir al Estado, en carácter de medida de urgencia, que se abst[uviera] de realizar cualquier acción que alter[ara] el *status quo* del asunto hasta tanto la [...] audiencia pública se reali[zara] y el Tribunal pu[diera] deliberar y decidir sobre la procedencia o no de las medidas provisionales solicitadas por la Comisión.

El objeto de las medidas provisionales era que la Corte ordenara al Estado que suspendiera la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, hasta que la Comisión examinara el caso, hubiera adoptado una decisión definitiva sobre el fondo o hasta que la Corte emitiera la sentencia correspondiente si el caso se sometía a conocimiento de ésta.

La sentencia interna dispuso: condenar a cuarenta días de multa por cada uno de los cuatro delitos de ofensas en la gama de difamación, a razón de dos mil quinientos colones cada día, para un total de ciento sesenta días multa y, en aplicación de las reglas del

concurso material, se redujo la pena al triple de la mayor impuesta, es decir, ciento veinte días de multa, lo que equivaldría a un total de trescientos mil colones; declaró con lugar la acción civil resarcitoria, condenándose a Mauricio Herrera Ulloa y al Periódico La Nación, S.A., representado por Fernán Vargas Rohrmoser, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de sesenta millones de colones a título de daño moral causado con las publicaciones del periódico La Nación de los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre de 1995; la publicación del “por tanto” de la sentencia en el periódico La Nación, en la misma sección, es decir, “El País”, y en el mismo tipo de letra de los artículos objeto de la querrela, ello a cargo de Mauricio Herrera Ulloa por ser el autor responsable de los ilícitos cometidos; que La Nación S.A. retirara el enlace existente en La Nación Digital que se encontraba en internet, entre el apellido Przedborski y los artículos querrellados, y que estableciera una liga entre dichos artículos y la parte dispositiva de esa sentencia. Asimismo, la sentencia condenó a los demandados civiles al pago de las costas procesales en la suma de un mil colones, y por costas personales el pago de la suma de tres millones ochocientos diez mil colones.

Después de que se celebró una audiencia pública el 23 de mayo de 2001, en la cual además de escuchar a las partes se recibió la declaración testimonial del señor Mauricio Herrera Ulloa, el Tribunal consideró⁶⁹:

5. Que de la audiencia pública [...] ha[bía] surgido la

⁶⁹ Corte I.D.H., *Caso del Periódico “La Nación”. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 23 de mayo de 2001. Serie E No. 3, Compendio Julio 2000 – Junio 2001, págs. 271 a 282.

necesidad de obtener mayor información en lo relativo a la irreparabilidad del daño que pudiera sufrir el señor Mauricio Herrera Ulloa, si su nombre es incluido en el Registro Judicial de Delincuentes de Costa Rica.

6. Que, con dicho propósito, el Estado deb[ía] presentar un informe indicando las posibilidades que contiene la legislación interna de Costa Rica, a través de atribuciones de cualquier órgano del Estado, para evitar o remediar, en su caso, el daño de que se trate.
7. Que en razón de lo anterior la Corte estim[ó] que se deb[ía] mantener, como medida provisional, lo dispuesto por el Presidente en su Resolución de 6 de abril de 2001 [...] y que esta Corte la ratific[ó] en todos sus términos.
8. Que, consecuentemente, el Estado de Costa Rica deb[ía] abstenerse de realizar cualquier acción que alter[ara] el *status quo* en el caso *sub judice* hasta tanto present[ara], a más tardar el 16 de agosto de 2001, el informe a que hace referencia el considerando 6 de la [...] Resolución y éste pu[diera] ser considerado por el Tribunal en su próximo período ordinario de sesiones, que se celebrar[ía] del 27 de agosto al 8 de septiembre de 2001.

Después de que el Estado presentó el informe requerido y la Comisión transmitió sus observaciones a éste, el 7 de septiembre de 2001⁷⁰ la Corte consideró:

⁷⁰ Corte I.D.H., *Caso del Periódico "La Nación". Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2001, considerandos quinto a undécimo.

5. Que la Comisión, al solicitar las medidas provisionales, fundamentada en la protección a la libertad de expresión “del periodista Mauricio Herrera Ulloa y del diario La Nación”, representado por Fernán Vargas Rohrmoser, pretend[ía] tres cosas: a) la suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999; b) la no inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes; y c) la abstención de realizar cualquier acto o actuación que afecte el derecho a la libertad de expresión de Mauricio Herrera Ulloa y del Periódico “La Nación”.
6. Que la libertad de expresión, consagrada en el artículo 13 de la Convención, es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁷¹.
7. Que es necesario ordenar la suspensión de la publicación en el periódico “La Nación” del “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el

⁷¹ Cfr. Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párrs. 70 y 71.

Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y la suspensión del establecimiento de una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de esa sentencia, por cuanto dichas publicaciones causarían un daño irreparable al señor Mauricio Herrera Ulloa; lo anterior no ocurriría de aplicarse los otros puntos dispositivos de dicha sentencia. La referida suspensión debe mantenerse hasta que el caso sea resuelto en definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

8. Que, en cuanto al retiro del enlace en *La Nación Digital* entre el apellido Przedborski y los artículos querellados, dispuesto en la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, la Corte no se pronunciará al respecto, ya que no es materia de medidas provisionales sino que atañe al fondo de la petición que se encuentra en trámite ante la Comisión Interamericana.
9. Que la inscripción del señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes, producto de la Ley No. 6723 de 10 de marzo de 1982, merece una especial atención. Observa la Corte que, según afirmó el Estado sin ser contradicho por la Comisión, esa inscripción se efectuó el 1 de marzo de 2001, previo a la interposición de la solicitud de medidas provisionales a este Tribunal. Esta información fue suministrada a la Corte con posterioridad a la celebración de la audiencia pública.
10. Que los periodistas, en razón de la actividad que ejercen, se dedican profesionalmente a la comuni-

cación social. El ejercicio de ese periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión; por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional es una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado⁷².

11. Que la inscripción en el Registro Judicial de Delincuentes causa un daño irreparable al periodista Herrera Ulloa, puesto que afecta su ejercicio profesional del periodismo y genera la inminencia de un daño irreparable a su honor. El hecho de que en este asunto se trate de un periodista, cuyo desempeño depende de su credibilidad, y que el delito imputado se relacione con el ejercicio de su profesión, lleva a la Corte a considerar que dicha inscripción debe dejarse sin efectos hasta que el caso sea resuelto en definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, para prevenir con ello daños que no puedan ser reparados, a diferencia de aquellos otros, de carácter esencialmente monetario.

Y en consecuencia resolvió:

1. Requerir al Estado de Costa Rica que adopt[ara], sin dilación, cuantas medidas [fueran] necesarias para dejar sin efectos la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos.

⁷² Cfr. Corte I.D.H., *La colegiación obligatoria de periodistas* (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No.5, párr. 74.

2. Requerir al Estado de Costa Rica que suspend[iera] la orden de publicar en el periódico “La Nación” el “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999, y que suspend[iera] la orden de establecer una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querrelados y la parte dispositiva de esa sentencia.

Debido a que la Comisión informó al Tribunal que el Estado había emitido una certificación en la que se hacía constar que Mauricio Herrera Ulloa estaba inscrito en el Registro Judicial de Delincuentes, el Tribunal emitió una Resolución⁷³ en la que

[...] debido a las circunstancias existentes, [...] estim[ó] necesario precisar que, al adoptar medidas provisionales y ordenar al Estado que dejara sin efectos la inscripción del señor Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes, lo hizo con el propósito de que se elimin[ara] de este Registro -hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos- la anotación de la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Juicios en contra del mencionado periodista. De esta manera, cuando se solicit[ara] una certificación de antecedentes penales de Mauricio Herrera Ulloa, no deber[ía] aparecer anotación alguna en relación con los hechos y actuaciones que dieron origen a estas medidas provisionales.

El 30 de julio de 2002 el Estado de Costa Rica remitió un exhorto emitido por el Juez Tramitador del Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José

⁷³ Cfr. Corte I.D.H., *Caso del Periódico “La Nación”. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 6 de diciembre de 2001.

en el cual consultaba “si las Medidas Provisionales acordadas en su oportunidad, en el caso del periódico ‘La Nación’, lo son respecto [de] la totalidad de la sentencia, tanto en el ámbito penal como civil, o si por el contrario lo son únicamente en lo relativo a la esfera penal”. Como consecuencia de este exhorto el 26 de agosto de 2002 la Corte⁷⁴ consideró

9. Que, en atención a la consulta del Estado, y dentro del seguimiento que se debe dar a las medidas ordenadas por la Corte, conviene precisar que las expedidas por esta última mediante la Resolución de 7 de septiembre de 2001 solamente se refieren a tres de los puntos ordenados por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José, y específicamente a los siguientes:

al punto 1), con el propósito de que se dejen sin efectos la inscripción del señor Mauricio Herrera Ulloa en el Registro Judicial de Delincuentes hasta que el caso sea resuelto de manera definitiva por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos;

al punto 4), con el fin de que se suspenda la orden de publicar en el periódico “La Nación” el “por tanto” de la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José el 12 de noviembre de 1999; y

al punto 6), para que se suspenda la orden de establecer una “liga”, en *La Nación Digital*, entre los artículos querellados y la parte dispositiva de la sentencia mencionada.

⁷⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso del Periódico “La Nación”. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 26 de agosto de 2002.

Las medidas ordenadas por la Corte pretenden obtener los efectos indicados, independientemente de las proyecciones civiles, penales o de cualquier otro orden de los puntos 1), 4) y 6) de la sentencia del Tribunal Penal de Juicios del Primer Circuito Judicial de San José a los que se ha hecho referencia.

Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana. Estas medidas provisionales fueron solicitadas a la Corte a favor de personas haitianas y dominicanas de origen haitiano que se encontraban sujetas a la jurisdicción de República Dominicana, personas que, según la Comisión, corrían el riesgo de ser “expulsadas” o “deportadas” colectivamente. Esta solicitud no fue incluida dentro de las medidas otorgadas a comunidades o grupos de personas porque la Corte, como se verá, ordenó al Estado que adoptara medidas provisionales a favor de personas determinadas según su situación específica, ni siquiera por encontrarse éstas en la misma situación como ocurre en algunos casos de comunidades o grupos de personas. Es decir, una vez interpuesta la solicitud basada en supuestas “expulsiones masivas” de las que eran objeto los haitianos y dominicanos de origen haitiano, el Tribunal, después de considerar diversos escritos de la Comisión y del Estado de República Dominicana, y con posterioridad a la celebración de una audiencia pública, consideró, entre otros⁷⁵:

[...]

⁷⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de agosto de 2000.

4. Que es un atributo de la República Dominicana tomar decisiones soberanas acerca de su política de migración, las cuales deben ser compatibles con las normas de protección de los derechos humanos establecidas en la Convención Americana.
5. Que no ha sido demostrado en la audiencia pública de 8 de agosto de 2000, ni en los escritos presentados ante la Corte, que la República Dominicana mantiene una política de Estado de deportaciones y expulsiones masivas en violación de las normas expresas en la Convención; sin embargo, los testimonios presentados en la referida audiencia pública permiten a la Corte establecer una presunción *prima facie* de la ocurrencia de casos en los que individuos son objeto de abusos.

[...]

8. Que [la] Corte considera indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos quienes se hallen en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad⁷⁶.
9. Que los antecedentes presentados por la Comisión en su solicitud demuestran *prima facie* una situación de extrema gravedad y urgencia en

⁷⁶ Cfr. *inter alia*, *Caso Alvarez y Otros. Medidas Provisionales*. Resolución de 21 de enero de 1998. Serie E No. 2 Compendio: Julio 1996 – Junio 2000; *Caso Clemente Teherán y Otros. Medidas Provisionales*. Resolución de 19 de junio de 1998. Serie E No. 2 Compendio: Julio 1996 – Junio 2000; y *Caso Digna Ochoa y Plácido y Otros. Medidas Provisionales*. Resolución de 17 de noviembre de 1999. Serie E No. 2 Compendio: Julio 1996 – Junio 2000.

cuanto a los derechos a la vida, integridad personal, protección especial a los niños en la familia y derecho de circulación y residencia de las personas identificadas [por] la Comisión [...].

[...]

12. Que, de acuerdo con lo afirmado por los testigos durante la audiencia pública de 8 de agosto de 2000 y las manifestaciones de la Comisión, el Padre Pedro Ruquoy y la señora Solange Pierre pueden ser objeto de represalias en la República Dominicana como consecuencia de sus declaraciones ante [la] Corte, por lo que la adopción de medidas provisionales es necesaria para evitarles daños irreparables.

13. Que ha sido práctica de este Tribunal proteger, mediante la adopción de medidas provisionales, a testigos que han prestado declaraciones ante la Corte⁷⁷.

Y resolvió:

1. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopt[ara], sin dilación, cuantas medidas [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal de Benito Tide Méndez,

⁷⁷ Cfr. *Casos Velásquez Rodríguez, Fairén Garbi y Solís Corrales, y Godínez Cruz. Medidas Provisionales*. Resolución de 15 de enero de 1988. Serie E No. 1 Compendio: 1987 - 1996; *Caso Caballero Delgado y Santana. Medidas Provisionales*. Resolución de 7 de diciembre de 1994. Serie E No. 1 Compendio: 1987 - 1996; *Caso Blake, Medidas Provisionales*. Resoluciones de 22 de septiembre de 1995 y 18 de abril de 1997. Serie E Nos. 1 Compendio: 1987 - 1996 y 2 Compendio: Julio 1996 - Junio 2000; *Caso Bámaca Velásquez. Medidas Provisionales*. Resoluciones de 30 de junio de 1998 y 29 de agosto de 1998. Serie E No. 2 Compendio: Julio 1996 - Junio 2000; y *Casos Paniagua Morales y Otros y Vásquez y Otros. Medidas Provisionales*. Resoluciones de 10 de febrero de 1998 y 19 de junio de 1998. Serie E No. 2 Compendio: Julio 1996 - Junio 2000.

Antonio Sension, Andrea Alezy, Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.

2. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, con carácter de urgencia, que inform[ara] detalladamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a más tardar el 31 de agosto de 2000, acerca de la situación actual de Rafaelito Pérez Charles y Berson Gelim en relación con las afirmaciones divergentes de las partes sobre estas dos personas.
3. Requerir al Estado de la República Dominicana que se abst[uviera] de deportar o expulsar de su territorio a Benito Tide Méndez y Antonio Sension.
4. Requerir al Estado de la República Dominicana que permit[iera] el retorno inmediato a su territorio de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras.
5. Requerir al Estado de la República Dominicana que permit[iera], a la mayor brevedad, la reunificación familiar de Antonio Sension y Andrea Alezy con sus hijos menores en la República Dominicana.
6. Requerir al Estado de la República Dominicana que colabor[ara] con Antonio Sension para obtener información sobre el paradero de sus familiares en Haití o en la República Dominicana.
7. Requerir al Estado de la República Dominicana que, en el marco de los convenios de cooperación pertinentes entre la República Dominicana y Haití, investig[ara] la situación de Janty Fils-Aime y William Medina Ferreras bajo la supervisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para agilizar los resultados de dichas investigaciones.

8. Requerir al Estado de la República Dominicana que contin[uara] dando seguimiento a las investigaciones ya iniciadas por sus autoridades competentes en relación a Benito Tide Méndez, Rafaelito Pérez Charles, Antonio Sension, Andrea Alezy y Berson Gelim.
9. Requerir al Estado de la República Dominicana que adopt[ara], sin dilación, cuantas medidas [fueran] necesarias para proteger la vida e integridad personal del Padre Pedro Ruquoy y de la señora Solange Pierre, testigos en la audiencia pública de 8 de agosto de 2000.
10. Requerir al Estado de la República Dominicana y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que suministr[aran] a la Corte Interamericana de Derechos Humanos información detallada sobre la situación de los miembros de las comunidades o “bateyes” fronterizos que puedan estar sujetos a repatriaciones forzadas, deportaciones o expulsiones.
11. Requerir al Estado de la República Dominicana que inform[ara] a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cada dos meses a partir de la notificación de la presente resolución, sobre las medidas provisionales que haya adoptado en cumplimiento de la misma.
12. Requerir a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que present[ara] sus observaciones a los informes del Estado de la República Dominicana dentro de un plazo de seis semanas a partir de su recepción.

Posteriormente la Corte ha adoptado más resoluciones sobre este caso, pero todas dentro del mismo

parámetro, es decir, especificando las medidas que deberán otorgarse a determinadas personas.

III. Conclusión

Si bien en el presente trabajo se sintetizó y relató sobre las principales medidas provisionales resueltas por la Corte Interamericana, sin duda alguna con el pasar del tiempo las solicitudes serán de diversa naturaleza y cada vez más.

Como conclusiones del presente artículo se pueden señalar las siguientes frases paradigmáticas señaladas por el Tribunal en su jurisprudencia:

- 1.- Que el propósito de las medidas provisionales, en los sistemas jurídicos nacionales (derecho procesal interno) en general, es preservar los derechos de las partes en controversia, asegurando que la futura sentencia de fondo no sea perjudicada por las acciones de ellas *pendente lite*⁷⁸.
- 2.- Que el propósito de las medidas provisionales, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, va más allá, por cuanto, además de su carácter esencialmente preventivo, protegen efectivamente derechos fundamentales, en la medida en que buscan evitar daños irreparables a las personas⁷⁹.

⁷⁸ *Cfr., inter. alia*, Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 26 de mayo de 2001, considerando sexto; y Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 199 a 203, considerando séptimo.

⁷⁹ *Cfr., inter. alia*, Corte I.D.H., *Caso de Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana. Medidas Provisionales*.

- 3.-Que el artículo 1.1 de la Convención estipula el deber que tienen los Estados Partes de este tratado de respetar los derechos y libertades reconocidos en éste y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción.
- 4.-Que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos las medidas provisionales tienen un carácter no solo cautelar en el sentido de que preservan una situación jurídica, sino fundamentalmente tutelar por cuanto protegen derechos humanos. Siempre y cuando se reúnan los requisitos básicos de la extrema gravedad y urgencia y de la prevención de daños irreparables a las personas, las medidas provisionales se transforman en una verdadera garantía jurisdiccional de carácter preventivo⁸⁰.
- 5.-Que es responsabilidad del Estado adoptar medidas de seguridad para proteger a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción, deber que se torna aún más evidente en relación con quienes estén vinculados en procesos ante los órganos supervisores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Resolución de la Corte de 26 de mayo de 2001, considerando séptimo; y Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 23 de noviembre de 2000. Serie E No. 3, Compendio: Julio 2000 – Junio 2001, págs. 199 a 203, considerando octavo.

⁸⁰ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 18 de junio de 2002, considerando cuarto; Corte I.D.H., *Caso Gallardo Rodríguez. Medidas Provisionales*. Resolución del Presidente de la Corte de 14 de febrero de 2002, considerando quinto; Corte I.D.H., *Caso del Periódico "La Nación". Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 6 de diciembre de 2001, considerando cuarto; y Corte I.D.H., *Caso del Periódico "La Nación". Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte de 7 de septiembre de 2001, considerando cuarto.

- 6.- Que la adopción de medidas provisionales no implica un prejuzgamiento sobre el fondo de la controversia.
- 7.- Que, en los casos en que procede, el Estado tiene el deber de investigar los hechos que motivan las solicitudes de medidas provisionales con el fin de identificar a los responsables y sancionarlos.

Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Constitucional español

Paula Lizano Van der Laet

Introducción

Hay personas que dejan huella profunda en esta vida y este es el caso de don Rodolfo E. Piza Escalante. Como bien lo han señalado sus familiares, don Rodolfo era un Quijote incansable, siempre en busca de un sueño un tanto imposible, siempre luchando a favor de la libertad de los seres humanos, siempre aferrado a sus ideales, a su familia y a sus amigos. Su talante e inteligencia quedaron plasmados en muchos de sus escritos; sin embargo, algunas de sus ideas quedaron sólo en los corazones y en la mente de quienes hemos tenido la suerte de compartir con él la gran aventura de la lucha por los derechos fundamentales.

Hoy nos ha dejado en esta esfera terrenal pero, antes, nos ha encomendado, a quienes de alguna manera trabajamos en el día a día del derecho internacional de los derechos humanos, la labor de seguir la lucha por la defensa de la persona, bajo el parámetro de ser libres y

permitir que nuestro par también lo sea. Don Rodolfo definía los derechos humanos como “anteriores y superiores al Estado y a cualquier sociedad o autoridad humana, las cuales no los crean, los descubren; no los otorgan, los reconocen, porque tienen que reconocerlos, respetarlos y garantizarlos”. El Juez Interamericano Piza Escalante reclamaba la utilización de los principios del Derecho de los Derechos Humanos (criterios finalistas, de razonabilidad y de justicia), así como las técnicas del derecho procesal en general, los cuales deben aplicarse con la finalidad de que la interpretación permita una mejor protección de los derechos fundamentales de la persona¹. Es en razón de lo anterior que hoy me permito hacer algunas reflexiones sobre el principio de igualdad, el cual ha sido uno de los pilares sobre los que se ha basado el concepto, hoy tan difundido, de la dignidad del ser humano.

El objetivo de este trabajo es el acercamiento al tratamiento del principio de igualdad tanto en algunos tribunales constitucionales como en los dos tribunales internacionales de derechos humanos, sean éstos el europeo y el interamericano, con el propósito de determinar el alcance que el derecho de los derechos humanos ha dado a este principio. Evidentemente, esta investigación tiene como objetivo dar algunas pinceladas a un tema que sufre día a día cambios abismales, en razón de la búsqueda de nuestras sociedades democráticas de plasmar las necesidades y el respeto al pluralismo que las componen.

¹ *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, Serie A No.G 101/81, Voto Salvado del Juez Piza, párr. 21.

Es así como el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, con sus consecuentes jurisdicciones internas e internacionales, han tenido y tendrán un papel determinante en la interpretación y nuevo rumbo que se dé al concepto del principio de igualdad.

Este principio, como se estudiará más adelante, se ha caracterizado por ser eminente y consecuentemente abierto, lo que ha llevado a que cada sociedad y sus correspondientes legisladores le hayan dado un contenido, y recientemente, tanto los jueces constitucionales como los jueces internacionales hayan hecho una interpretación del mismo. En cuanto a los primeros, la actuación tan activa en la interpretación del juez en los principios, tanto generales como constitucionales, obedece al cambio que se ha dado del constitucionalismo originario al constitucionalismo moderno; tal y como lo ha denominado Zagrebelsky, el cambio que se ha dado del Estado de derecho al Estado Constitucional². Mientras que en el derecho internacional, se ha dado la transformación

² ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995, pp. 21-47. Hoy autores como ZAGREBELSKY, afirman que el Estado constitucional actual o el constitucionalismo moderno, ya no responden a la idea de Estado representativo. En este sentido el autor afirma que “quien examine el derecho de nuestro tiempo seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración.” ZAGREBELSKY, Gustavo, *op.cit.*, p. 33. No debemos obviar que esta posición ha sido criticada por el autor español PECES BARBA, quien en el epílogo de la obra de ZAGREBELSKY afirma que “no es una superación del Estado de derecho, sino su etapa superior. Un Estado de derecho, hoy, no se concibe sin Constitución. Contraponer Estado de derecho y Estado constitucional es, a mi juicio, un error.” ZAGREBELSKY, Gustavo. *ob.cit.*, p. 167.

del derecho internacional tradicional a la aparición de la rama del derecho internacional de los derechos humanos³.

Más allá de las discusiones doctrinales, puedo afirmar que estamos ante un nuevo Estado o una reconvencción del mismo, lo cual es palpable en que el constitucionalismo contemporáneo enfrenta nuevos retos, como los que suponen los avances en el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha repercutido en el *self executing* no sólo de las normas sino de los fallos de los principales tribunales internacionales en esta materia. A la vez se ha dado una transformación a nivel de las normas constitucionales, las cuales son preferentemente principios y las normas legales son sobretodo reglas; entendiendo estas últimas como las reglas de la interpretación que se basan en la razonabilidad y la argumentación y no en la teoría de la subsunción⁴; que se está dando la omnipresencia de la Constitución frente a la autonomía del legislador, ya que en la actualidad incluso se utiliza la Constitución para resolver los casos concretos; que actualmente hay una omnipotencia judicial frente a autonomía del legislador, por ejemplo el juez constitucional actual se pronuncia sobre los hechos del caso concreto, da interpretación a las leyes e inclu-

³ *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 95; Caso Fairén Garbi y Solís Corrales, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, párr. 92; Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 93; Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, Voto Salvado del Juez Piza Escalante, párr. 25.*

⁴ Vid. En este sentido, *Asunto de Viviana Gallardo y otras, supra nota 1, Voto Salvado del Juez Piza, párr. 21.*

so añade criterios a las leyes a través de las sentencias aditivas y manipulativas; y por último, los principios se vuelven contradictorios porque ya no obedecen a una línea ideológica liberal, sino que deben responder al pluralismo que se vive en nuestras sociedades.

Todo esto ha llevado a que, incluso la figura liberal por excelencia, cual era la generalidad y abstracción de la ley, se vea hoy disminuida a que, por un lado, se dé la materialización o substanciación de la constitución, la cual incorpora principios y derechos fundamentales en el sistema jurídico; y por otro lado, que ante la ampliación de los fines del Estado, las leyes al tener que estar en constante cambio para su mejor adecuación a las exigencias sociales e internacionales, se conviertan en “leyes-reglamento”, creadas para un momento, y cuidado, que para un grupo determinado. Sobre este último punto Zagrebelsky asevera que la época actual viene marcada por la “pulverización” del derecho legislativo, ocasionada por la multiplicidad de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción, en las que existe una intención regulativa en sentido propio: en lugar de normas, medidas⁵.

Hoy contrastan el juez constitucional kelseniano que se caracterizaba por ser un legislador negativo frente al juez constitucional actual que se convierte en un legislador positivo. La muestra más clara de esta afirmación, se ve plasmada en las sentencias aditivas y manipulativas que producen los tribunales constitucionales actuales como es el caso del español, en donde a través de las

⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *ob.cit.*, p. 37.

mismas se añade algún criterio al enunciado lingüístico de la norma existente. En este tipo de nuevas actuaciones ha quedado reflejado el nuevo rumbo que se le quiere dar al principio de igualdad.

Todos estos cambios, tal y como lo analizaré, responden a que en la actualidad el derecho debe dar solución a un pluralismo de fuerzas sociales y políticas, que en palabras de Zagrebelsky “conduce a la heterogeneidad de los valores e intereses expresados en las leyes”⁶. Es decir, que la importancia misma que se le ha dado a los principios obedece a los nuevos rumbos que debe de tomar el “Estado constitucional”. Hoy en día autores como Dworkin, Zagrebelsky y Alexy se preocupan por la distinción entre normas (o si se quiere reglas) frente a los principios.

1. Antecedentes del principio de igualdad

El concepto de igualdad sufre sus cambios a través de la historia, respondiendo a las necesidades de cada época. En este artículo haré referencia a cuatro grandes etapas que influyeron en el contenido del principio de igualdad: la antigüedad, el cristianismo, el surgimiento del liberalismo y los cambios producto del Estado contemporáneo.

En la antigüedad, recurriendo a autores como Platón y Aristóteles, se puede afirmar que el concepto de justicia va de la mano con el concepto de igualdad que se manejaba en la época, es así como Sabine afirma que “esta es la exposición platónica de la definición de la

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, *ob.cit.*, p. 37.

justicia como consistente *prima facie* en “dar a cada uno lo suyo”, porque lo suyo de cada uno consiste en que se trate como lo que es, según su capacidad y preparación, en tanto que lo que él debe a la sociedad es la realización honesta de las tareas requeridas por el puesto que en ella se le ha atribuido”⁷.

La justicia estaba en que cada uno respondiera con determinadas actuaciones, es así como la “[...] justicia que Platón busca no es una virtud social igualitaria, basada en la isonomía y la isegoría, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y en las decisiones comunitarias; se funda en una armonía bien definida, la que resulta de que cada uno ocupe el lugar que le corresponde y cumpla la función asignada en un esquema que es jerárquico y aristocrático, donde unos mandan y otros obedecen, donde unos deciden y combaten y otros laboran y producen, según la división del trabajo ya aludida, que corresponde, según Platón, a la distinta naturaleza de unos y otros”⁸.

Esta concepción de justicia aristocrática es también seguida por su discípulo Aristóteles, ya que según afirma Popper en [su obra] las Leyes, Platón sintetiza su respuesta al igualitarismo en la siguiente forma: “El tratamiento igual de los desiguales debe engendrar la iniquidad”⁹; y ese enunciado, a su vez, fue convertido por

⁷ SABINE, George H. Historia de la Teoría Política. Revisada por Thomas Landon Thorson. Primera reimposición. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1994., pp. 67-68.

⁸ GARCÍA GUAL, Carlos. “La Grecia Antigua”. HISTORIA DE LA TEORÍA POLÍTICA. Compilación de Fernando Vallespín, Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1990, p. 127.

⁹ Pasaje 757 a de las Leyes citado por POPPER Karl. La sociedad abierta y sus enemigos. Quinta reimposición. Barcelona: Ediciones Paidós, S.A., 1992, p. 501.

Aristóteles en la expresión: “Igualdad para los iguales, desigualdad para los desiguales”. Esas palabras encierran lo que podría denominarse la objeción típica al igualitarismo; objeción cuyo fondo consiste en sostener que “la igualdad sería excelente siempre que los hombres fueran iguales, pero que es evidentemente impracticable dado que no lo son y dado que no hay posibilidades de que lo sean en el futuro [...]”,¹⁰.

Este modelo de la antigüedad, no suponía o mejor dicho, no garantizaba que se diera un trato igualitario. Es necesario situarnos en la época y comprender que el sistema económico social de la antigüedad se basaba en un sistema de esclavitud. Es así como tanto Platón como Aristóteles buscarán crear un concepto de justicia que les permita justificar la igualdad entre iguales y la desigualdad entre desiguales.

El concepto platónico-aristotélico de justicia, en la actualidad serviría de manera perfecta y de hecho así ha sido, para justificar teorías políticas que o bien se basen en algún privilegio de tipo natural (racial, sexo, preparación) y/o que se hacen con fines altruistas colectivos. Este tipo de concepto justo platónico, sirvió de base para la justificación ética de muchos de los totalitarismos de cualquiera de los dos extremos que, desafortunadamente, se han tenido tan de cerca en nuestro tiempos como han sido el nazismo (privilegio en razón de la raza) y el comunismo (aplicación del colectivismo con fines altruistas). E irónicamente lo que han llevado aparejado como ámbito común es que el individuo debe sacrificar en su totalidad su libertad individual frente a su supuesto desempeño del nuevo Estado o Estado altruista.

¹⁰ POPPER, Karl., *op. cit.*, p. 102.

1.1. Principio de Igualdad en el Cristianismo

Ante la concepción de desigualdad establecida en la antigüedad, el cristianismo buscará establecer la imposibilidad de establecer distinciones, ya que todos los hombres tienen una naturaleza común. En este sentido lo explica Rubio Llorente diciendo que el “mandato igualitario como exigencia absoluta, desconectó ya de cualquier género de diferencias naturales entre los hombres sólo puede fundamentarse, como es obvio, en algo que trasciende de la naturaleza misma y es efectivamente en el Cristianismo en donde se encuentra la idea eficaz del igualitarismo en nuestra cultura”¹¹.

1.2. Principio de Igualdad en el Estado Liberal

En el pensamiento jurídico-político de la Ilustración, en efecto, igualdad y libertad son nociones que se implican recíprocamente. Los hombres son iguales porque, siendo esencialmente libres, ninguno de ellos está obligado a obedecer a otro, o a todos los demás. El poder sólo es legítimo cuando es aceptado y, en consecuencia, nadie está obligado a obedecer sino al que previamente se le ha otorgado la potestad de mandar (un hombre o una asamblea), potestad que sólo puede otorgarse sin abyección, sin abdicación de la propia libertad, cuando el otorgamiento es condicionado. El poder se otorga sólo y en la medida en que no introduzca otras limitaciones en la libertad de los sometidos (y en su propiedad y en su vida, pero también son valores con-

¹¹ RUBIO LLORENTE, Francisco. “La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción.” En *El principio de igualdad en la Constitución Española*/IX Jornadas de Estudio (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 695.

xos) que aquéllas que sean estrictamente indispensables para asegurar la finalidad que lo justifica¹².

Pese a que se incorporó el principio de igualdad en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, no se puede perder de vista el sentido que se le da a éste. Si bien es cierto la Revolución asegura a los individuos igualdad como miembros del Estado, ya que todos son súbditos de las leyes que se dicten producto de la voluntad general, lo cierto es que bajo este parámetro, el principio de igualdad queda sumido en el principio de legalidad. Son iguales aquéllos a quienes la Ley considera como iguales y diferentes aquéllos a quienes diferencia.

En este período surge una jurisprudencia en el ámbito contencioso-administrativo, la cual es relacionada por la doctrina con el principio de igualdad por la regla de la vinculación al precedente, pero tampoco es difícil hacerla derivar del principio de legalidad. Si la Administración sólo puede actuar *secundum legem* y por ley se entiende, no cualquier mandato del poder, sino la norma jurídica, el enunciado general y abstracto, la regla de la vinculación al precedente no es sino el deber que a la Administración se impone de crear su propia norma de actuación en el marco de libertad que la ley formal le otorga¹³.

En definitiva, si se compara el contenido del principio de igualdad ilustrado con el que se manejaba en la antigüedad, no hay gran diferencia, ya que los aplicadores del derecho en la ilustración lo que tienen como *ter* -

¹² RUBIO LLORENTE, Francisco, *ob.cit.*, p. 696.

¹³ *Ibid.*, p. 700.

tium comparationis es la propia ley, ya que el principio de igualdad se identifica con el principio de legalidad.

La Ilustración obedece a los intereses de la burguesía, con lo cual se quiere mantener una línea ideológica que evite cambios abruptos. Es en razón de lo anterior y con el fin de evitar desviaciones que se trata al máximo de disminuir el principio de igualdad a su identificación con el principio de legalidad.

1.3.Principio de Igualdad en el Estado Contemporáneo

El Estado actual vuelve a dar su giro después de la Segunda Guerra Mundial; no sólo se verá un cambio en los sistemas nacionales, sino que además se iniciará un proceso de consolidación de organizaciones internacionales, dentro de las que destacan el Consejo de Europa y el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Es así como debemos velar por el estudio de los cambios que se dan en los dos campos.

Por un lado, los sistemas nacionales empezarán a cambiar bajo la influencia del Estado de Weimar, es así como bajo la presidencia de Leibholz en el Tribunal Federal se inician las transformaciones, que según afirma Rubio Llorente pasaron, “no sin resistencias, a la Corte Costituzionale italiana y más tarde, y sin resistencia explícita alguna, al Tribunal Constitucional [Español]”. La convergencia entre esta doctrina y la elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de los años 20 y sobre todo del New Deal (convergencia en los resultados, más que en la fundamentación teórica o en la técnica) es una manifestación más de la homogeneización del mundo industrializado¹⁴.

¹⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco, *ob.cit.*, p. 702.

Es así como “el cambio del significado” que se experimenta en las entreguerras, lo explica Jiménez Campo analizando las diversas interpretaciones que dieron los autores de la época a la igualdad ante la ley, por lo cual afirma que ésta “se ha entendido como criterio material de justicia que habría de ser fijado, en cada cosa, por la conciencia moral del juzgador (Kaufmann), como regla prohibitiva de las leyes *ad personam* (C. Schmitt y, en cierta medida, Nawiasky), como exigencia de proporcionalidad en la legislación, de no arbitrariedad (Leibholz), como norma que obligaría a compulsar directamente por el juez la igualdad de hecho entre supuestos normativos (Paladin, Gerri), como exigencia de hallar, para cada diversificación, una apoyatura constitucional específica (Agro y Modugno), para no hacer esta indicación interminable, como criterio por el legislador para determinar la misma (Sandulli)”¹⁵.

Esta nueva etapa se caracterizará, si bien es cierto, por seguir con la igualdad jurídica de sometimiento de todos al Derecho, pero la proyección de la igualdad hará que se den exigencias de igualdad efectiva o igualdad sustancial frente a la igualdad formal que se establecía con el liberalismo. Es así como “[...] en definitiva, la forma de ley no puede asegurar ya, por sí sola, el respeto a las exigencias presentes hoy en el principio de igualdad, [es por esto que] cobra todo su sentido la aplicación de esta regla como parámetro en el control de constitucionalidad y el consiguiente replanteamiento, según vimos, de la pregunta por la ‘razón’ de la ley”¹⁶.

¹⁵ JIMENEZ CAMPO, Javier. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, #9, setiembre-diciembre, 1983, p. 77.

¹⁶ *Ibid.*, p. 75.

A partir de este momento, la doctrina se enfrentará con una serie de clasificaciones sobre las diversas alternativas que ofrece la igualdad. Dentro de estas distinciones está la igualdad en la ley/ante la ley, igualdad formal/material, igualdad en la aplicación/en la creación. En todo caso, algunas de estas distinciones las desarrollaremos más adelante a raíz de la jurisprudencia de los distintos tribunales constitucionales e internacionales.

Valga decir en este apartado, que al igual que en los otros momentos de la historia que se han analizado anteriormente, el “cambio de significado” del principio de igualdad también obedece a cambios que se han dado en el campo socio político, ya que en este momento las sociedades democráticas deben responder a diferentes intereses y no sólo a los de la burguesía, con lo cual debe ampliarse el contenido del principio de igualdad más allá de la mera legalidad, recuperando su posición ética frente a la sociedad plural.

Así tal y como lo afirma Suay Rincón, el nuevo contenido ético del principio de igualdad llevará a dar “reconocimiento al Estado de la facultad de dictar leyes singulares para los distintos grupos [lo que] obliga a la norma que consagra el principio de igualdad, cualquiera que sea su rango, a señalar cuáles son los criterios de diferenciación permitidos y cuáles los prohibidos”¹⁷.

Por otra parte, y tal y como lo señalábamos más arriba, se da también en este período, la creación de las Naciones Unidas y la consecuente Declaración Universal

¹⁷ SUAY RINCON, José. El principio de igualdad en la justicia constitucional/ José Suay Rincón; prólogo por José Eugenio Soriano. Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1985, p. 28.

de Derechos Humanos que en sus artículos 1 y 2 ha establecido en el primero de éstos que la igualdad entre los seres humanos al rezar: “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Por su parte el artículo 2, párrafo 1 dice: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”¹⁸. Asimismo la misma Declaración Universal establece en su artículo 24, en el sentido que: “Todas las personas son iguales ante la ley”. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Dándose un vuelco a la concepción liberal, se empieza la construcción y determinación del contenido que debe tener un principio como es el de igualdad. Se hace imperiosa la necesidad de definir en los próximos apartados las nociones que componen este principio y algunos de los alcances que se le han dado la doctrina y la jurisprudencia extranjera y determinar en qué grado ha habido una influencia en la jurisprudencia constitucional e internacional. Según Hesse, en la actualidad la igualdad es la finalidad que el derecho ha de perseguir, no el supuesto del que ha de arrancar, esto lleva a la conclusión de que los criterios “sociales” y “políticos” están condicionados por el criterio “ético”. La exigencia del trato igualitario en lo social o en lo político no es sino derivación de un mandato ético, de una idea de

¹⁸ NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948.

justicia material que forma parte del sistema de valores de una determinada cultura¹⁹. Es decir, que el componente ideológico, determinará el contenido y extensión que se haga del principio de igualdad en cada una de las épocas. Sí debemos advertir que el surgimiento del derecho viene acompañado de la pretensión de justicia, y como elemento fundamental está la necesidad de que exista una igualdad²⁰.

2. Nociones sobre el principio de igualdad

En el enunciado del principio de igualdad se entrelazan dos términos muy conflictivos individualmente y todavía más conjuntamente, con lo cual debemos de investigar un poco lo que debe entenderse por cada uno de ellos, para luego entrar a analizar el papel que juegan estos dos conceptos unidos dentro del sistema jurídico en general y, específicamente, en el ámbito constitucional y en el derecho internacional de los derechos humanos.

2.1. Noción de Principio

Los principios han gozado entre los positivistas de muy mala fama, porque han sido la nebulosa que nunca han podido aclarar pese a estar incluidos para darle unidad y coherencia al sistema jurídico en general ante la presunción positivista de plenitud del ordenamiento jurídico. Es así como Rubio Llorente define los principios utilizando el Diccionario de la Real Academia que ha dicho que por principio debe entenderse “norma o idea

¹⁹ Hesse citado por RUBIO LLORENTE, Francisco. *ob. cit.*, p. 694.

²⁰ *Vid.* RUBIO LLORENTE, Francisco, *ob.cit.*, p. 690.

fundamental que rige el pensamiento o la conducta”. Afirma así el autor, que este concepto es “más amplio y más activo, por decirlo de algún modo, que el que por lo general se atribuye, al menos entre nosotros, a la noción de “principio general del Derecho”, tanto si se la entiende en el sentido muy estrecho, de “fuente del Derecho” como si, con mayor amplitud, aunque con menor precisión, se atribuye también a los principios un “carácter informador del ordenamiento”, para decirlo con la infeliz expresión de nuestro Código Civil”²¹.

Esta definición cae en el problema de establecer como criterio único dentro de los principios, el concepto de principios generales del derecho. Debemos recordar que dentro de los principios, encontramos un sector de ellos que son los principios generales del derecho y por otra parte, están los principios constitucionales y los principios que rigen en el derecho internacional.

Los principios generales del derecho han surgido ante la necesidad de dar plenitud al sistema jurídico, es decir, para completar la línea de las fuentes del derecho: si falta norma expresa (enunciado lingüístico) se recurre a la costumbre (prácticas sociales empíricamente verificables) y si faltan éstos, se recurre a los principios generales del derecho. El problema para los positivistas se presentaba cuando al definir los principios si no eran enunciados lingüísticos ni tampoco prácticas sociales verificables, los principios debían aceptarse como normas implícitas o latentes, con lo cual estos no están en ninguna parte y consecuentemente no cabrían dentro de la estructuración lógica del positivismo.

²¹ RUBIO LLORENTE, Francisco., *ob.cit.*, p. 685.

Por su parte, los principios constitucionales han sido vistos como normas explícitas, al menos dentro de la nueva corriente del constitucionalismo contemporáneo o del “Estado Constitucional”. Debe rescatarse que las normas constitucionales están formadas por una parte, por los principios y por otra, por los derechos fundamentales. Bajo esta línea afirma Alexy que “la distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”²².

A nivel del derecho internacional de los derechos humanos, la jurisprudencia ha establecido varios criterios con el objetivo de obtener la mayor protección del derecho de los derechos humanos, (principio “*pro homi - ne*”)²³, los cuales se podrían clasificar en tres: interpretación general, la cual comprende la relación entre el sistema universal y el regional, la segunda supone la aceptación de medios complementarios de interpretación contemplados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y finalmente, algunos criterios específicos de aplicación en la etapa de admisibilidad. A su vez, valga destacar que, por ejemplo, la Corte Interamericana ha recurrido a la aplicación de los principios generales del derecho en sus procesos. Entre ellos cabe mencionar

²² ALEXY, Robert. La teoría de los derechos fundamentales. Colección el Derecho y al Justicia # 34. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Imprenta Fareso, S.A., 1993, p. 82.

²³ *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7. Opinión Separada del Juez Piza Escalante.

como ejemplo, la enunciación de los principios generales del derecho procesal²⁴: de buena fe²⁵, y el estoppel²⁶.

Lo que la doctrina ha tratado de hacer es definir cuál es la estructura morfológica de los principios y para tal efecto, de seguido, sistematizo algunas de estas posturas:

2.1.1) Criterio de todo o nada

Esta teoría esgrimida por Dworkin, sostiene que la regla y los principios pueden diferenciarse. La regla es aplicable a la manera de todo o nada, es decir, la regla es aplicable o es irrelevante, ya que obedece a razones concluyentes frente a los principios que son razones por definir, cuyo peso varía de un caso al otro y que, por lo

²⁴ *Caso Cayara, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 3 de febrero de 1993. Serie C No. 14, párr. 48.

²⁵ *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, supra nota 3, párr. 30, *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, supra nota 3, párr. 35, *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, supra nota 3, párr. 33, *Caso Gangaram Panday, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 4 de diciembre de 1991. Serie C No. 12, Voto Razonado del Juez Cañado Trindade, párr. 11 (vid en siguiente cita), *Caso Neira Alegría y Otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párr. 34 y 35 y *Caso Caballero Delgado y Santana, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 17, párr. 45; y *Caso Durand y Ugarte, Excepciones Preliminares*. Sentencia de 28 de mayo de 1999. Serie C No. 50, párr. 58.

²⁶ *Caso Neira Alegría y Otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No. 13, párrs. 28-31, 34 y 35 y *Caso Gangaram Panday*, Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, Voto del Juez Cañado Trindade, párr. 11 El Juez Cañado advirtió que la especificidad o el carácter especial de los tratados e instrumentos sobre derechos humanos, la naturaleza y la gravedad de ciertas violaciones de los derechos humanos y los imperativos de protección de la persona humana enfatizan la necesidad de evitar consecuencias injustas y de asegurar con este propósito una aplicación necesariamente distinta (más flexible y equitativa) de la regla de los recursos internos en el contexto específico de la protección internacional de los derechos humanos. Esto explica, en el presente dominio de protección, la aplicación de los principios de la buena fe y del estoppel en la salvaguardia del debido proceso legal y de los derechos de las presuntas víctimas, la distribución de la carga de la prueba en cuanto al agotamiento de los recursos internos entre la presunta víctima y el Gobierno con una carga mayor sobre este último.

tanto, nos suministran razones distintas. Es así como el autor señala que “la diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión”²⁷. Más adelante el mismo autor hace referencia a que “esta primera diferencia entre normas y principios trae consigo otra. Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión de peso o importancia”²⁸.

Por su parte, Calsamiglia explica cómo para Dworkin, “los principios hacen referencia a la justicia y a la equidad (*fairness*). Mientras las normas se aplican o no se aplican, los principios dan razones para decidir en un sentido determinado, pero, a diferencia de las normas, su enunciado no determina las condiciones de su aplicación. El contenido material del principio -su peso específico- es el que determina cuándo se debe aplicar a una situación determinada. Los principios -además- informan las normas jurídicas concretas de tal forma que la literalidad de la norma puede ser desatendida por el juez cuando viola un principio que en ese caso específico se considera importante”²⁹.

A esta teoría se le han hecho dos críticas: por una parte hay casos en que el conflicto jurídico ha sido re-

²⁷ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1989, pp. 74-75.

²⁸ *Ibid.*, p. 77.

²⁹ *Ibid.*, p. 9.

suelto por un principio, es decir, que se estaría aplicando el principio de manera todo o nada, con lo cual no existiría diferencia entre reglas y principios. Por otra parte, en caso de darse un conflicto entre principios se aplica uno u otro, con lo cual un determinado principio en definitiva es el que resuelve el caso concreto.

2.1.2) Principios como normas abiertas y reglas como normas cerradas

Ante el fracaso de la primera clasificación de Dworkin se establece que la diferencia entre reglas y principios, está en que las primeras se establecen *a priori* y se puede aplicar al caso, mientras que los principios pueden ser aplicados en diversas ocasiones, con lo cual no se pueden definir *a priori* los supuestos.

Entre las críticas que se le hacen a esta clasificación está que no todos los principios son abiertos, además se dice que ninguna regla es cerrada y toda regla puede ser aplicada analógicamente; y por último, se establece que las normas no pueden enumerar todas las excepciones *a priori*.

Pese a lo anterior, puedo afirmar que el principio de igualdad, en estudio, es un principio de tipo abierto. Ya hemos analizado más arriba que cada época lo ha llenado con un contenido diferente y es hoy, nuestra labor conocer el contenido del cual ha sido provisto éste. Como analizaré más adelante, debe examinarse cada caso para determinar si las diferencias normativas son consideradas discriminaciones o no.

2.1.3) Principio como Mandatos de Optimización

Alexy va a sostener que “los principios, al igual que las reglas, son normas porque ambos dicen lo que debe

ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferentes. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”³⁰. Considero importante hacer esa aclaración, ya que la clasificación de este autor quedaría incompleta para entender por qué habla sobre principio como mandatos de optimización. Sobre esta base afirma que “el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. [...] Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible”³¹.

Comparando esta posición con la de Dworkin, se puede afirmar que ambos conciben las reglas de la misma manera, es decir, su aplicación total o su inaplicabilidad por su estructura definida. En cuanto a los principios, considero que Alexy es mucho más riguroso ya que establece que lo que caracteriza a los principios es que son de cumplimiento gradual mientras que los principios directrices tienen determinados los supuestos de hecho, pero carecen de consecuencia jurídica.

³⁰ ALEXY, Robert. *ob.cit.*, p. 83. RAZ, “Legal Principles and the Limits of Law”, 81 Yale L.J., 1972, p. 823.

³¹ ALEXY, Robert., *ob.cit.*, p. 86.

Tomando de base lo dicho hasta el momento, se puede establecer que los principios se dividen en dos grandes ámbitos: los principios generales del derecho o normas implícitas, los cuales han sido las fuentes del sistema jurídico positivo y por otra parte, los principios constitucionales o normas explícitas. Dentro de este segundo grupo podemos clasificar los principios constitucionales en principios abiertos, en donde deben ser definidos los supuestos y las consecuencias jurídicas y por otro lado, los principios directrices o como los llama Alexy “mandatos de optimización”, los cuales si bien tienen un supuesto de hecho, la aplicación debe graduarse de acuerdo al caso al que se aplique.

Dentro del “Estado Constitucional” los principios abiertos son los que están en manos de la judicatura y los principios directrices son principios de la política. Es en razón de lo anterior, que al ser el principio de igualdad un principio abierto buscaremos el contenido que le ha dado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al mismo.

2.1.4) Conflictos entre reglas y principios

Esta última concepción establece que los principios poseen una cualidad que está ausente de las normas, que es su peso o importancia, por eso cuando dos principios entran en conflicto, ambos siguen siendo simultáneamente válidos por más que en el caso concreto se termine aplicando uno de ellos y no los dos. En cambio las reglas se caracterizan porque entran en colisión de dos maneras: o bien una de ellas no es válida, o bien, una de ellas funciona como excepción de la otra.

Así Dworkin dice que: “Si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La deci-

sión respecto de cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando a consideraciones que trascienden las normas mismas. Un sistema jurídico podría regular tales conflictos mediante otras normas, que prefieran la norma impuesta por la autoridad superior, o la posterior, o la más especial o algo similar. Un sistema jurídico también puede preferir la norma fundada en los principios más importantes³².

Por su parte Alexy se pronuncia en el mismo sentido y afirma que en “un conflicto entre reglas sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida por lo menos, una de las reglas. [...] Las colisiones de principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. [...] uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”³³.

Tal y como se puede apreciar de estas consideraciones, los principios no pueden ser desechados y menospreciados como lo han hecho tantas veces los positivistas, por temor a que el derecho tenga contenidos morales, sino que si se quiere dar lógica al sistema jurídico, debe buscarse que el mismo tenga una coherencia axiológica fuerte. Con este objetivo y tal y como lo he enunciado más atrás, luego de estas clasificaciones podemos afirmar que el principio de igualdad es un principio constitucional de tipo abierto, con lo cual es la jurisdicción, sobre todo la constitucional y la internacional de los derechos humanos, la que debe de establecer los parámetros que se le aplican al caso concreto.

³² DWORKIN, Ronald. *ob.cit.*, p. 78.

³³ ALEXY, Robert. *ob.cit.*, pp. 88-89.

2.2. Noción de Igualdad

Rubio Llorente ha definido la igualdad como un concepto relacional, no una calidad de una persona, de un objeto (material o ideal), o de una situación, cuya existencia pueda ser afirmada o negada como descripción de esa realidad aisladamente considerada; es siempre una relación que se da entre, al menos, dos personas, objetos o situaciones³⁴.

Este tipo de determinación ha sido llamado por la doctrina *tertium comparationis*, es decir, que entre más complejidad haya será menor el *tertium comparationis*, ya que no existirán tantos elementos que se puedan relacionar.

2.3. El principio de igualdad como principio constitucional

Al ser el principio de igualdad de tipo abierto, no puede establecerse *a priori* un concepto unívoco de lo que debe entenderse por la igualdad. Como asevera Rubio Llorente, se establecen determinados *tertium comparationis* o diferenciaciones, en abstracto pero sólo para los casos de determinadas consecuencias jurídicas, es decir, que no establece supuestos de hecho y determinados efectos, sino que lo que procura es que se produzcan determinados resultados³⁵.

Como lo analizaré más adelante, el principio de igualdad no impone, que todos los sujetos de derecho, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, es decir, que pueden darse situaciones y consecuencias jurídicas distintas.

³⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. *ob. cit.*, p. 686.

³⁵ *Ibid.*, p. 689.

Esto obedece a que, como lo explica Rubio Llorente, el derecho es así: al mismo tiempo, un factor de diferenciación y de igualación. Define, de una parte, situaciones o condiciones de las que resultan, para quienes se encuentran en ellas, o las poseen, derechos u obligaciones concretas, de los que no pueden beneficiarse, o a las que no han de hacer frente, quienes no se encuentran en esas situaciones, o son de otra condición. Esta función igualitaria, si cabe llamarla así, del Derecho, no es, sin embargo, consecuencia del principio de igualdad, sea cual sea la forma en que se concibe, sino una exigencia inmanente del derecho, una necesidad de su propia estructura formal en cuanto integrada por normas³⁶.

3. Concepto de igualdad en el derecho comparado

Para poder extraer un concepto de igualdad debemos abocarnos a lo que han establecido el derecho comparado y la jurisprudencia. Nos referimos, específicamente, al concepto que sobre dicho principio ha esgrimido el Tribunal Constitucional italiano, el Tribunal Supremo norteamericano, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Con base en lo anterior, determinaremos la influencia que se ha ejercido en la aplicación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español.

3.1. Corte Constitucional de Italia

El principio de igualdad se encuentra regulado en la Constitución Italiana en el artículo 3, el cual establece:

³⁶ RUBIO LLORENTE, Francisco, *ob.cit.*, p. 690.

Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión política, condición social o personal.

Es cometido de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el libre desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país.

Es así como con base en esta norma que la Corte Italiana gradualmente ha extendido el sentido de este principio. En una primera fase, la sentencia 15/60, es clara al afirmar que el principio de igualdad prohíbe que situaciones de hecho iguales sean tratadas desigualmente. De acuerdo con Suay Rincón, es en esta etapa donde surge la polémica doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del principio³⁷.

En la segunda etapa, la sentencia 25/66 incorpora dos elementos de mucha importancia. Por un lado, invierte la presunción de constitucionalidad que se le ha dado tradicionalmente a las leyes; y por otra parte, amplía el principio de igualdad estableciendo que no sólo se violenta éste cuando en situaciones de hecho iguales se trata desigualmente, sino también cuando en situaciones de hecho desiguales se trata de manera igualitaria.

3.2. Tribunal Supremo de los Estados Unidos de Norteamérica

Pese a la larga tradición que ha llevado el Tribunal Supremo Norteamericano, para nuestros efectos intere-

³⁷ SUAY RINCON, José. *ob.cit.*, p. 83.

san sobre todo la jurisprudencia de este órgano después de los años 50, pues fue en esta época en la que se ha innovado en torno al principio de igualdad. Durante los períodos del Tribunal Warren y del Burger, se pronuncian en temas relativos a discriminación por razón de raza, introduciendo luego el criterio de igualdad al acceso a la justicia, el derecho al sufragio y la libertad de movimiento interestatal. Coincido con Suay Rincón cuando analiza los alcances de estos tribunales, al afirmar: “El Tribunal Burger va a introducir una serie de matizaciones a la línea iniciada por el Tribunal Warren. Así las desigualdades fundadas en el sexo, la extranjería y la filiación van a ser sometidas a un enjuiciamiento de tipo intermedio entre los dos utilizados por Warren. Para legitimar este tipo de desigualdades va a ser menester ahora demostrar la existencia de un interés sustancial”³⁸. Es de observar la diferencia que incorpora el tribunal Warren en cuanto a que introduce un nuevo criterio para llevar a cabo el análisis del caso en concreto.

3.3. Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Para analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos regido por el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y sus protocolos adicionales, debe analizarse el precepto 14 que consagra el principio de igualdad, entendido como

El disfrute de los derechos y libertades reconocidos en este convenio debe ser asegurado sin distinción algu-

³⁸ SUAY RINCON, José, *ob.cit.*, p. 126.

na (sin discriminación en la versión inglesa), especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento u otra situación.

El Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el sentido que debe darse al artículo 14, y al efecto ha advertido la necesidad de que para que exista una violación a este precepto debe estar en conexión con los restantes derechos garantizados por el Convenio. Asimismo, apunta Fernández Segado que el Tribunal ha establecido que además de los derechos que están dentro del Convenio, para una violación del citado artículo 14 se puede dar la relación con los derechos recogidos por los protocolos adicionales primero y cuarto³⁹. En efecto, en el *caso Chassagnou* la Corte estableció que cuando la violación de un artículo sustantivo de la Convención ha sido invocada por sí misma y en conjunción con el artículo 14 y se encuentra una violación separada del artículo sustantivo, por lo general, no es necesario que la Corte también considere el caso a la luz del artículo 14⁴⁰. En todo caso, en esa misma decisión la Corte hizo la salvedad de que la posición sería diferente si una clara desigualdad de trato en el disfrute del derecho en cuestión es un aspecto fundamental del caso⁴¹.

³⁹ FERNANDEZ SEGADO, Francisco. "El principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos." En El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 780.

⁴⁰ *E. Court H.R., Case of Chassagnou and others v. France*, Judgment of 29 April 1999, para. 89.

⁴¹ *Ibid.*

Por su parte, en el *caso Belgian Linguistic* la Corte consideró que aunque no puede haber una violación del artículo 14 considerado en solitario, sí puede haber una violación del artículo 14, considerado en conjunción con otro artículo de la Convención en casos en los que no habría violación en aplicación sólo del artículo sustantivo⁴². A pesar de que la posibilidad de limitar un derecho esté expresamente autorizada, el Estado no puede limitar el derecho en una forma discriminatoria. Pese a que tal actuación no violentaría el artículo sustantivo, infringiría el artículo tomado en conjunto con el artículo 14⁴³. En el caso analizado, la Corte señaló que el derecho a apelar se encuentra, como tal, fuera del alcance de la Convención. Sin embargo, el artículo 14 en conjunto con el artículo 6 (derecho a un proceso equitativo) prohíbe la discriminación en el acceso a las cortes a lo largo de todo el procedimiento judicial. En conclusión, la discriminación está prohibida no sólo cuando se permite la imposición de ciertas restricciones, sino también en las leyes que implementan los derechos garantizados, incluso si esas leyes van más allá de las obligaciones expresamente establecidas en la Convención.

El *caso Thlimmenos* se refirió a la situación de un testigo de Jehová que fue sentenciado y condenado por rehusarse a servir en el ejército. El demandante sostenía que como resultado de su condena fue excluido de su profesión y que la ley no hacía una distinción entre las personas que son condenadas como resultado de sus

⁴² E. Court H.R., Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits), judgment of 23rd July 1968, para. 9.

⁴³ App. 2299/64, *Gandraith v. Federal Republic of Germany*, Report of Comisión, 12 December 1996.

creencias religiosas y las que son condenados con otros fundamentos. La Corte declaró la violación de los artículos 9 (libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) y amplió su jurisprudencia previa a situaciones en las cuales, sin una justificación razonable y objetiva, un Estado omite tratar a personas, cuyas situaciones son significativamente distintas, en una forma diferente⁴⁴.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al igual que la doctrina que analizábamos en el apartado anterior afirma que la igualdad de trato se violenta cuando la distinción carece de una justificación objetiva y razonable⁴⁵. Por ejemplo, en el recién mencionado *caso Belgian Linguistic* la Corte señala que un trato diferenciado se encuentra justificado si tiene un fin objetivo, derivado del interés público y si las medidas de diferenciación son razonables en relación con el objetivo⁴⁶.

Fernández Segado explica que la existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas⁴⁷.

⁴⁴ E. Court H.R., *Case of Thlimmenos v. Greece*, Judgment of 6 April 2000.

⁴⁵ Eur. Court H.R., *Case of Willis v. The United Kingdom*, Judgment of 11 June, 2002, para. 39; Eur. Court H.R., *Case of Wessels-Bergervoet v. The Netherlands*, Judgment of 4th June, 2002, para. 42; Eur. Court H.R., *Case of Petrovic v. Austria*, Judgment of 27th of March, 1998, Reports 1998-II, para. 30; Eur. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” v. Belgium*, Judgment of 23rd July 1968, Series A 1968, para. 34.

⁴⁶ E. Court H.R., *Case “relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” (merits)*, judgment of 23rd July 1968, para. 10.

⁴⁷ FERNÁNDEZ SEGADO, *op. cit.*, pp. 791-792.

Es preciso advertir que este Tribunal ha permitido, en diversos casos, un margen de discrecionalidad a los Estados para el establecimiento de las justificaciones objetivas y razonables para las diferencias en el trato. Dicha discrecionalidad la ha justificado el Tribunal Europeo en su sentencia de fecha 28 de diciembre de 1984 aduciendo la falta de un denominador común en los sistemas jurídicos de los Estados Contratantes⁴⁸.

El problema básico que ha tenido esta jurisprudencia es que al no tener los parámetros de lo que se entiende como razonable o no, se ha permitido mayor discrecionalidad a los gobiernos contratantes, dejando a mi juicio, al descubierto la protección de la igualdad para los distintos casos de los ciudadanos de los Estados contratantes.

La tesis de la analogía y la no identidad de los supuestos también ha sido analizada por parte del Tribunal Europeo, el cual ha afirmado que “el artículo 14 protege a los individuos o grupos que se encuentran en una situación comparable”⁴⁹. Pero además, entiende el Tribunal Europeo que basta con que la situación sea solamente análoga, lo cual se plasma en la Sentencia del Caso Rasmussen.

3.4.La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se rige por la Convención Americana sobre Derechos Hu-

⁴⁸ Ver además en el mismo sentido FERNANDEZ SEGADO, *ob.cit.*, p. 800.

⁴⁹ Este criterio ha sido establecido, entre otras sentencias, en la sentencia de 23 de noviembre de 1983 (Caso Van der Mussele), en la sentencia del 8 de junio de 1986 (Caso Lithgow y otros), y en la sentencia del 18 de diciembre de 1986 (Caso Johnston y otros).

manos, la cual establece en su artículo 24 el principio de igualdad ante la ley:

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

A su vez se hace alusión a la aplicación de la igualdad en diversos artículos de la misma con respecto al trato que deben recibir todas las personas a otorgársele un determinado derecho o una garantía⁵⁰.

El principio de igualdad fue analizado por este Tribunal con ocasión de una solicitud de opinión consultiva presentada por el Estado de Costa Rica, en razón de una modificación que se haría en su Constitución en cuanto a la naturalización. En dicho documento, la Corte precisó que existe en la Convención una prohibición general a la discriminación establecida en el artículo 1.1, la cual “se extiende al derecho interno de los Estados Partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley”⁵¹.

A raíz de lo cual, definió que [l]a noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un deter-

⁵⁰ Véase los artículos 8.2 (igualdad entre procesados), 17.4 (igualdad entre cónyuges), 17.5 (igualdad entre hijos), 23.1.b (igualdad en el ejercicio del voto) y 23.1.c (igualdad al ejercer la función pública).

⁵¹ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, supra nota 34, párr. 54.

minado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza⁵².

Ahora bien, al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que “no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana”⁵³, siempre y cuando la misma tenga una justificación objetiva y razonable.

Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran.

La Corte Interamericana ha aclarado que no existe discriminación en todo trato diferenciado, “siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que

⁵² *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, supra* nota 34, párr. 55.

⁵³ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización, supra* nota 34, párr. 55.

de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁵⁴.

Específicamente, pero siempre dentro de la naturaleza interpretativa de la Convención en su función consultiva, la Corte ha establecido que no existe “discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”⁵⁵.

En este mismo sentido, en la Opinión Consultiva No. 17, referente a derechos de los niños, la Corte interpretó que la “protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos”⁵⁶. En razón de lo cual, “el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquélla”⁵⁷.

⁵⁴ *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, *supra* nota 34, párr. 57.

⁵⁵ *Condición jurídica y derechos humanos del niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 48; y *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, *supra* nota 34, párr. 56.

⁵⁶ *Ibid.*, párr. 53.

⁵⁷ *Ibid.*, párr. 54.

4. Concepto jurisprudencial en el tribunal constitucional español

La mayor parte de la jurisprudencia sobre el tema de la igualdad se concentra en los alcances de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución Española. Considero trascendental no pasar por alto que el principio de igualdad más allá de ser un elemento más para juzgar los diferentes conflictos jurídicos, es un elemento de la estructura constitucional. Es en este sentido, el Tribunal Constitucional español se ha pronunciado en su sentencia 8/1983 al establecer que “la igualdad se configura como un valor superior que [...] se proyecta con una eficacia trascendente de modo que toda situación de desigualdad persistente al entrar en vigor de la norma constitucional deviene incompatible con el orden de valores que la Constitución como norma suprema proclama”⁵⁸.

Compartimos la posición de Jiménez Campo, quien advierte que la igualdad de la que habla el artículo 1.1 como valor del ordenamiento jurídico tiene un carácter legitimador del sistema, pero que la igualdad en términos jurídicos debe buscarse dentro de normas como el artículo 14 de la Constitución española⁵⁹.

4.1. Primeras Aproximaciones

4.1.1) Distinción Principio de Igualdad: Material y Jurídica

El artículo 1.1 de la Constitución Española proyecta la igualdad como valor a dos de sus normas. Por un la-

⁵⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Primera edición. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995, p. 5.

⁵⁹ JIMÉNEZ CAMPO, *ob.cit.*, p. 79.

do, el artículo 9.2 establecerá la igualdad sustancial, el cual literalmente dice:

Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social.

Por otro lado, el artículo 14 establecerá la igualdad formal o “ante la ley”, que reza:

Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

Considero que la igualdad material que se establece en el artículo 9.2 responde a lo que explicábamos más arriba sobre los principios directrices (según la teoría de ALEXY), ya que la igualdad sustancial obedece a un cumplimiento gradual y carece de una consecuencia determinada. Estos están a cargo de las autoridades políticas.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 189/1987 al establecer que “los poderes públicos deben buscar los medios para lograr que la igualdad se acerque a los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I de la Constitución, y singularmente para promover condiciones de igualdad real y efectiva (artículo 9.2 CE). Pero entre tales poderes públicos, son el legislador y el Gobierno quienes tienen el poder de iniciativa y este Tribunal”⁶⁰.

⁶⁰ Véase además en este mismo sentido, las SSTC 83/1984, 24 de julio; 39/1986, 31 de marzo y 19/1987, 17 de febrero.

La igualdad jurídica consagrada en el artículo 14 de la Constitución Española responde a un tipo de principio abierto, entendiéndose por éste los que no tienen un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica definida. Tal y como lo afirmábamos más arriba los principios abiertos son los que están en manos de la judicatura y los principios directrices son principios de la política. Es en razón de lo anterior, que al ser el principio de igualdad jurídica un principio abierto buscaremos el contenido que le ha dado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al mismo.

Si bien es cierto la jurisprudencia correspondiente a los artículos 9.2 y 14 se han mantenido por lo general separadas, no se puede perder de vista la advertencia de que hace Garronera Morales afirmando que, en caso de ser necesario, la igualdad ante la ley del artículo 14 debe integrarse con el precepto también constitucional del artículo 9.2. Es así, según el autor, como el Tribunal Constitucional ha seguido esta línea interpretativa al integrar los dos criterios para poder llevar a cabo la decisión de un determinado caso, como lo fue el caso de la STC 3/1983, en donde afirma que el artículo 14 de la Constitución Española, que consagra la igualdad de todos los españoles ante la ley, no establece un principio de igualdad absoluta que pueda omitir tomar en cuenta la existencia de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, ya que en tal caso la diferencia de régimen jurídico no sólo no se opone al principio de igualdad sino que aparece exigida por dicho principio y constituye un instrumento ineludible para su efectividad; el derecho laboral se constituye, como ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección, al menos parcialmente, de las desigualdades; con el artículo 9.2 de la Constitución

Española, se supera el más limitado ámbito de actuación de una igualdad meramente formal propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la definición del artículo 1 que constituye a España como un Estado democrático y social de Derecho⁶¹.

Por otra parte, ULL PONT afirma que “para el TC la igualdad jurídica no implica la igualdad material o real y efectiva, sino que a supuestos iguales deben seguirse consecuencias jurídicas iguales y que las diferencias en los supuestos de hecho deben estar debidamente justificadas, y, por consiguiente justificarán un tratamiento jurídico diferenciado”⁶².

En definitiva dejo tan sólo enunciado un problema que se ha discutido por la doctrina, pero para efectos de esta investigación me centro en analizar el contenido, interpretación y aplicación que ha recibido el artículo 14, en cuanto a la tradicional igualdad ante la ley o igualdad jurídica.

4.1.2) Obligatoriedad General en la aplicación del precepto para las autoridades y vinculación para los terceros

El Tribunal Constitucional ha señalado que el precepto recogido en el artículo 14 es obligatorio para los poderes del Estado, al establecer que “[...] es cierto que la igualdad jurídica reconocida en el artículo 14 de la Constitución vincula y tiene como destinatario no só-

⁶¹ *Vid.* en este mismo sentido SUAY RINCON, José. El principio de igualdad en la justicia constitucional/ José Suay Rincón; prólogo por José Eugenio Soriano. Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1985, p. 30.

⁶² ULL PONT, Eugenio. “Principio de Igualdad y respeto a las minorías.” En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 627.

lo a la Administración y al Poder Judicial, sino también al Legislativo”,⁶³.

Considero innovador el hecho del traslado de la igualdad jurídica en cuanto a los terceros, ya que establece que pese a existir la autonomía de voluntad entre los particulares, no pueden éstos incurrir en las discriminaciones que establece el artículo 14, en este sentido se ha pronunciado el Tribunal en diversas ocasiones, a saber SSTC 177/1988, 171/1989, 108/1989, 28/1992 y 24/1988⁶⁴. El Tribunal Constitucional ha señalado en estos pronunciamientos que las prohibiciones a las discriminaciones establecidas en el artículo 14 de la Constitución Española son de orden público.

4.1.3) ¿Igualdad como derecho subjetivo?

El artículo en estudio según afirma el Tribunal Constitucional “establece un *derecho subjetivo*”⁶⁵ a obtener un trato igual, impone a los poderes públicos la obligación de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita el poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas.[...] La regla general de la igualdad ante la ley [...] contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley o igualdad en la ley y constituye desde este punto de vista un límite puesto al ejercicio del poder legislativo,

⁶³ Vid. en este sentido la STC22/1981 citado en RUBIO LLORENTE, Francisco, Derechos Fundamentales y principios constitucionales, *op. cit.*, p. 109.

⁶⁴ RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial, Primera edición. Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995, p. 110.

⁶⁵ El subrayado es mío.

pero es asimismo igualdad en la aplicación de la ley, lo que impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable”⁶⁶.

El autor Suay Rincón ha buscado determinar si el precepto del artículo 14 es un derecho con contenido esencial como se establece en el artículo 53 de la Constitución. Se llega a la conclusión, tal y como lo establece la STC 76/83, que “la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho autónomo existente, por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De aquí que pueda ser objeto de recurso de amparo en la medida en que se cuestione si tal derecho ha sido vulnerado en una concreta relación jurídica y, en cambio, no puede ser objeto de una regulación o desarrollo normativo con carácter general.” Es así como sólo si la igualdad está vinculada con un derecho fundamental será necesario hacer una ley orgánica.

Sí debe observarse que -a diferencia de lo señalado por la Corte Europea que consideraba que para que existiera una violación a la igualdad debía de estarse violando otro derecho reconocido en el Convenio- el Tribunal Constitucional considera que la igualdad también puede ser violada “como se ha reiterado en nume-

⁶⁶ STC 49/1982. Vid. además en este sentido SSTC 144/1988, 73/1989, 68/1991, 114/1992, 45/1989, 84/1993, 90/1994. RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales*, *op. cit.*, p. 111.

rosas ocasiones, al darse la desigualdad “en” la ley, es decir, una arbitrariedad en el supuesto de hecho específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. En tal caso, la norma trata de forma distinta situaciones iguales y crea, sin fundamento fáctico suficiente, un supuesto diferente. La desigualdad en la aplicación de la ley se produce, en cambio, cuando un órgano aplicador del derecho (bien un órgano de la Administración, bien un órgano judicial) interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos substancialmente iguales”⁶⁷.

4.2 Igualdad “en” la ley

Para el proceso de formación de las leyes, el legislador debe tener en cuenta los siguientes criterios:

4.2.1) Criterio de Razonabilidad

El criterio de igualdad jurídica ha sido entendido por el Tribunal Constitucional, en su sentencia 49/1982 de 14 de julio, de la siguiente manera: “la igualdad jurídica o igualdad ante la Ley no comporta necesariamente una igualdad material o una igualdad económica real y efectiva. Significa que a los supuestos de hecho iguales deben serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios de valor generalmente aceptados”.

⁶⁷ STC 73/1989. RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y principios constitucionales, *op. cit.*, p. 111.

Con esta sentencia el Tribunal Constitucional establece dos elementos importantes en el contenido de la igualdad jurídica:

- La no identificación de igualdad material con la igualdad formal, con lo cual aunque puede ser un criterio que se tome en cuenta no es un elemento determinante.
- La igualdad jurídica no impide que se hagan distinciones, siempre y cuando sean razonables y fundadas.

Es importante hacer notar que el Tribunal Constitucional toma como criterio la interpretación que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es así como Suay Rincón nos explica cómo el Tribunal Constitucional ha establecido que “el principio de igualdad contenido en el artículo 14 no implica en todos los casos un tratamiento igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -dice el mencionado Tribunal en varias de sus sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable”⁶⁸.

Es necesario hacer ver que este criterio ha sido muy reiterado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucio-

⁶⁸ SUAY RINCÓN, José. ob.cit., pp. 147-148.

nal, con lo cual forma parte del contenido que debemos de darle al principio de igualdad jurídica.

4.2.2) Criterio de Proporcionalidad

Siguiendo el criterio que ha establecido tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha establecido en reiteradas ocasiones, que una diferenciación será proporcional, en tanto y en cuanto sus medios sean comparables a sus fines. Es así como ha dicho que “[...] para que las diferenciaciones normativas puedan considerarse no discriminatorias resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, cuya exigencia debe aplicarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo estar presente por ello una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, y dejando en definitiva al legislador la apreciación de situaciones distintas que sea procedente diferenciar y tratar desigualmente, siempre que su acuerdo no vaya contra los derechos y libertades protegidos [...] ni sea irrazonada, según deriva todo ello de la doctrina establecida por este Tribunal en sus sentencias de 10-7-81, 14-7-82 y 10-11-82, así como en las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de 23-7-68 y 27-10-75⁶⁹.

⁶⁹ STC 75/1983. En RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 112. Ver además en el mismo sentido las SSTC 45/1988, 50/1991, 158/1993 y 16/1994.

4.2.3) Distinciones admitidas sólo en leyes generales

La STC 166/1986 establece claramente que cuando el artículo 14 de la Constitución Española habla de igualdad en la ley, no admite la posibilidad de que la administración recurra a leyes singulares, porque lo que se evita con este principio es que se den distingos abismales. Es decir, que las leyes singulares sólo se admitirán en casos en que por la trascendencia y complejidad del asunto, los medios normales no ofrezcan solución. Aunque sí advierte que no habrá ninguna excepción en el caso de los derechos fundamentales, ya que estos por su naturaleza no admiten ser regulados en leyes singulares.

4.2.4) Cambio Normativo

Llama mucho la atención, la postura del Tribunal Constitucional al producirse un cambio legislativo, ya que parece regresar a las concepciones decimonónicas o jacobinas, en las cuales se daba toda credibilidad a la legalidad y al legislador como representante de la voluntad popular. Esta afirmación la establecemos, ya que no importarán las discriminaciones, ya que ni siquiera se permite que se aplique la ley más favorable. Veamos como afirma que “es igualmente doctrina reiterada de este Tribunal [...] que ese precepto constitucional (art. 14) no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; el principio de igualdad ante la ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en el que se originaron o en el que produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva,

en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico (STC 119/1987). La desigualdad de trato en diversas situaciones jurídicas derivada únicamente de un cambio normativo y producida tan sólo por la diferencia de fechas en que cada una de ellas tuvo lugar, no encierra discriminación alguna y no es contraria al principio de igualdad ante la ley⁷⁰.

4.3 Igualdad “ante” la ley

Este tipo de igualdad es conocido también como igualdad en la aplicación de la ley. Veremos de seguido los criterios que ha esgrimido el Tribunal Constitucional con respecto a la aplicación del principio de igualdad tanto por la Administración como por los Tribunales ordinarios.

4.3.1) Aplicación Administrativa

El Tribunal en este criterio mantiene la conocida división de poderes, en donde el Poder Ejecutivo aplica las normas vigentes y el Poder Judicial verifica que las normas que haya aplicado estén de acuerdo a parámetros, que en el caso en estudio, no supongan ningún tipo de discriminación. Es por lo anterior, que en la actualidad ese control del Poder Judicial se da sobre todo en el ámbito de la discrecionalidad que se le ha concedido a la Administración para que ejecute sus políticas. En este sentido, el Tribunal afirma que “[...] los que integran el amplio conjunto de las Administraciones públicas, no están ciertamente vinculados por el precedente, pero sí sujetos al control de los Tribunales, que han de corregir las desviaciones que se produzcan, no sólo

⁷⁰ STC 88/1991 (Ver además SSTC 90/1983, 103/1984, 27/1988, 121/1992, 242/1992).

en el ejercicio de las potestades regladas, sino también en el ejercicio de la discrecionalidad que las normas frecuentemente conceden a los administradores”⁷¹.

4.3.2) Aplicación Judicial

Por su parte, en cuanto a la salvaguarda del principio de igualdad jurídica en el Poder Judicial, se advierten dos elementos sumamente importantes: a) por un lado, la consecuencia de la tradicional división de poderes, en donde los tribunales ordinarios controlan la actuación de los otros poderes del Estado, mientras que los otros poderes no pueden llevar a cabo una supervisión sobre los primeros, b) por otro lado, consecuencia del constitucionalismo contemporáneo, la aparición de un control constitucional y recursos de amparo para que se controle la actuación de los tribunales ordinarios, por un Tribunal Constitucional.

De esta manera -lo explica el Tribunal Constitucional-, “otra es la situación en la que se encuentran los órganos del poder judicial, los cuales, tanto en la determinación de los hechos, como en la interpretación de las normas, son independientes y no están sometidos al control de ningún otro poder del Estado [...] El recurso de amparo ante este Tribunal, que no puede modificar los hechos declarados probados por los Tribunales ordinarios, los sujeta también en último término a nuestro control, pero ello sólo para el caso de que hayan aplicado leyes contrarias a la Constitución, o hayan interpretado de modo incompatible con éstas las que, en otra interpretación, no lo serían”⁷².

⁷¹ STC 144/1988 en RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, *op. cit.*, p. 121.

⁷² *Ibid.*, p. 121.

Al ser el principio de igualdad tal y como lo ha dicho la doctrina un principio de tipo abierto, corresponde al juez establecer en el caso concreto la aplicación que deba hacerse del mismo. Es así como Rubio Llorente afirma que si bien es cierto que el constituyente en el artículo 14 ha establecido ciertos supuestos, no es menos cierto que el alcance de estos debe ser determinado a través de la interpretación y la discrecionalidad en cada caso por el juez que conozca de una causa determinada. El contenido más amplio o más restringido del principio en estudio, responderá en definitiva a las consideraciones que se tengan en ese momento.

Será determinante la actuación que tenga el juez, ya que si se trata de una figura positivista, no buscará más allá de lo que suponga que está dentro del enunciado lingüístico, es decir, lo que la norma constitucional establezca; pero si, por el contrario, encontramos cierto activismo judicial, cada caso podrá aparejar un sin fin de interpretaciones que estén en busca del concepto de justicia que en ese momento se abraza.

El Tribunal Constitucional ha sido muy claro en la línea que ha mantenido, en cuanto que los tribunales ordinarios pueden en casos parecidos cambiar de criterio, siempre y cuando, para el efecto lo hagan de manera razonada⁷³. De esta forma lo ha visto también la doctrina que se ha manifestado expresando que “por tanto, debe concluirse que se consagra una igualdad exclusivamente formal en al aplicación de la ley, puesto que bastará que el cambio de criterio esté fundamentado, sin otros requisitos, para que se excluya la arbitrariedad y, por

⁷³ En este sentido ver SSTC 49/85, 2/83, 63/84, 30/87, 181/87, 12/88, 35/88, 2/1991, 201/1991, 202/1991, 112/1992, 108/1988, 42/1993.

consiguiente, se admita la desigualdad. De este modo, el principio de igualdad en la aplicación pasa a constituir un aspecto puramente formal que, una vez proclamado, cede paso a otros principios”,⁷⁴.

Teniendo en cuenta lo dicho hasta aquí, hay que negar rotundamente que sea esta la línea acogida por el Tribunal Constitucional en sus decisiones y ello a pesar de que se exija que el recurrente pruebe el término de comparación, es decir, la existencia de casos iguales. Para poder recurrir en amparo por violación de este aspecto del principio de igualdad el Tribunal Constitucional exige, como requisito indispensable, que exista igualdad de casos. Por no citar más que una STC, la 120/87 declara que será precisa la concurrencia de dos presupuestos: Igualdad sustancial de los casos prefigurados por la semejanza de los hechos básicos y de la normativa aplicable. A su vez, como presupuestos complementarios, será también necesario la aportación del término de referencia, es decir, la resolución o resoluciones anteriores contradichas, constitutivas de una línea jurisprudencial o criterio uniforme en la aplicación, sin que baste para estimar la queja resaltar un sólo rasgo o dato, común a las decisiones en contraste, para intentar demostrar la igualdad sustancial de los casos, ni tampoco ofrecer fórmulas abstractas desconectadas de los mismos⁷⁵.

⁷⁴ ROCA, Encarna. “Principio de Igualdad y aplicación de la ley.” El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, p. 995.

⁷⁵ SSTC 74/84, 48/87, 183/85, 181/87 y 27/88.

Es así como la doctrina ha reconocido que no se aplica el precedente o el *stare decisis* de la jurisprudencia norteamericana para el caso de la igualdad de aplicación, tal y como lo señala Roca hay que deducir que cualquier intento de asimilar la técnica del Tribunal Constitucional al sistema del *stare decisis* queda frustrado porque, en definitiva, lo que preocupa al Tribunal Constitucional no es ya tanto la identidad de supuestos, sino si ante una semejanza evidente de supuestos puede llegarse a afirmar que las sentencias decidieron de forma diversa y, en consecuencia, vulneraron el principio de igualdad. Así, por ejemplo, la citada 55/88, sigue afirmando que: “confirmada dicha identidad, así como la del órgano jurisdiccional, procede examinar si éste ha ofrecido una motivación que justifique, expresamente, o no, su cambio de criterio respecto a la decisión impugnada y de la que sirve como término de comparación no es posible apreciar la presencia de esta justificación”⁷⁶.

De los dos apartados anteriores se puede llegar a las siguientes conclusiones: por un lado debe verse si la desigualdad en la aplicación de la ley se ha dado por la arbitrariedad del juez, lo cual nos llevaría a la respectiva anulación; o si por el contrario, se ha debido a un cambio de criterio razonado, supuesto en el cual no habría infracción al principio de igualdad.

Tal y como lo establecíamos al analizar el concepto de igualdad, la noción misma lleva necesariamente a la búsqueda de un *tertium comparationis*. Es en este sentido que el Tribunal Constitucional ha sido muy claro al establecer los siguientes parámetros para determinar si

⁷⁶ ROCA, Encarna. *ob.cit.*, pp. 999-1000.

se está ante la violación de la igualdad: “La vulneración del principio de igualdad ante la ley requiere la presencia de dos presupuestos esenciales. La aportación de un término válido de comparación que acredite la igualdad de supuestos y un cambio de criterio inmotivado o con una motivación irrazonable o arbitraria”⁷⁷.

La determinación de si estamos o no ante una discriminación, antes de entrar en el término de comparación fáctica obedece a criterios, entre otros, razonables y proporcionales. Como lo afirma lo Rubio Llorente el término de comparación no impide en modo alguno el tratamiento diferente de situaciones diferenciadas, con lo cual “el juez ha de buscar el criterio con el que juzgar sobre la licitud o ilicitud de las diferencias establecidas por el legislador, o, lo que es lo mismo, sobre la validez constitucional de la norma que atribuye relevancia jurídica a cualquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad jurídica adquiera de las infinitas diferencias fácticas que la realidad ofrece”⁷⁸.

El hecho de que se equipare la igualdad y la razonabilidad establece un problema procesal, es decir, debe determinarse si la razonabilidad requiere prueba o no y, en caso de que la necesite a quién corresponde la carga probatoria.

El Tribunal Constitucional ha solucionado el problema, estableciendo que “[...] cuando exista agravio por violación del derecho a la igualdad jurídica, compete a quienes sostengan la legitimidad constitucional de la di-

⁷⁷ STC 62/1987 en RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales*, *op. cit.*, SSTC 62/1987, 100/1988, 24/1990, 161/1989, 235/1992.

⁷⁸ RUBIO LLORENTE, Francisco, *op.cit.*, p. 703.

ferenciación ofrecer el fundamento. Y si esa carga de la demostración del carácter fundado de la diferenciación es obvia en todos aquellos casos que quedan genéricamente dentro del general principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, tal carga se torna aún más rigurosa en aquellos otros en los que el factor diferencial es precisamente uno de los típicos que el artículo 14 concreta para que puedan ser base de diferenciación”⁷⁹.

Las consideraciones efectuadas en los apartados anteriores no son de recibo cuando el término de comparación es ilegal; es decir, cuando la situación en que se encuentra el recurrente se compara con otra que es ilegal. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional: “hemos dicho reiteradamente que el principio de igualdad ante la ley no significa un imposible derecho a la igualdad en la ilegalidad, de manera que en ningún caso aquel a quien se aplica la ley puede considerar violado el citado principio constitucional por el hecho de que la ley no se aplique a otros que asimismo la han incumplido”⁸⁰.

Conclusiones

Tal y como comentábamos en la introducción, el objetivo de la presente investigación, tiene su base en encontrar el contenido que se ha dado al principio de

⁷⁹ STC 81/1982. RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, *op. cit.*, 117-118. Ver además SSTC 103/1983 y 38/1986.

⁸⁰ STC 21/1992 en RUBIO LLORENTE, Francisco. Derechos Fundamentales y Principios Constitucionales, *op. cit.*, p. 121-122) Ver en el mismo sentido 62/1987, 17/1984 y 51/1985.

igualdad y, en especial, cómo éste ha sido aplicado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y los tribunales regionales de protección de los derechos humanos, sobre la base de las necesidades de la sociedad actual y el cambio consecuente de los diferentes conceptos jurídicos que ha rodeado al principio de igualdad. Para tal efecto, se tuvo en cuenta tanto en la evolución histórica del principio hasta la actualidad, algunas consideraciones sobre lo que se entiende por las nociones de “principio” e “igualdad”, lo que ha dicho la jurisprudencia y la doctrina extranjera. Sobre la base de lo anterior se ha tratado consecuentemente de establecer el contenido que le ha dado el Tribunal Constitucional.

Ante la realidad cambiante, es necesario en nuestros sistemas jurídicos, y más específicamente en el ámbito constitucional y en el internacional de los derechos humanos, asumir una posición que pueda permitir adecuar las tradicionales formas jurídicas a las necesidades de nuestras sociedades plurales. Es así como comparto la posición de Zagrebelsky, quien afirma que el derecho constitucional debe ser dúctil al explicar que en este momento se da “la coexistencia de valores y principios, sobre la que hoy debe basarse necesariamente una Constitución para no renunciar a sus cometido de unidad e integración y al mismo tiempo no hacerse incompatible con su base material pluralista, exige que cada uno de tales valores y principios se asuma con carácter no absoluto, compatible con aquellos otros con los que debe convivir”⁸¹. A esto que llama Zagrebelsky la “ductilidad constitucional” es a lo que obedece el porqué hemos tratado de encontrar el contenido del princi-

⁸¹ ZAGREBELSKY, *ob.cit.*, p. 14.

pio de igualdad jurídica dentro de la aplicación y contenido que le ha dado el Tribunal Constitucional español.

Entre otras muchas consideraciones hechas en esta investigación puedo afirmar, dentro de todas, las siguientes:

1) Origen histórico: En cada una de las épocas analizadas, establecí el paralelismo del contenido del principio de igualdad con respecto a los intereses que prevalecían en los sistemas económico, social y político. Es así como, por ejemplo, en el constitucionalismo originario el principio de igualdad era un derecho de los ciudadanos ante la ley; es decir, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin tener en cuenta otro criterio de diferenciación entre las personas o entre las situaciones que aquellos contenidos en la misma ley. Actualmente, ante las necesidades de las sociedades plurales, el principio de igualdad debe tener mayor contenido, el mismo será determinado en nuestra época sobre todo, por el Tribunal Constitucional, ya que va más allá de la identidad con el principio de legalidad.

2) Nociones sobre el Principio de Igualdad: Los principios constitucionales y los principios en el derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los que está el principio de igualdad, marcan la pauta en estas ramas del derecho, que vienen superando a las corrientes positivistas a ultranza. Éstas buscaban mantener alejada la moral del derecho. Hoy las necesidades plurales de nuestras sociedades hacen que busquemos en otros horizontes nuestras respuestas jurídicas a los conflictos que tenemos día a día. Si examinamos las diferentes teorías sobre el sistema jurídico, veremos como de la teoría que definía el derecho como la relación al

derecho y la fuerza, se ha llegado en la actualidad a la teoría de la interpretación, aplicada sobre todo por el Tribunal Constitucional o los Tribunales Internacionales de derechos humanos.

3) Principio de Igualdad en el Derecho Comparado: Vemos como en alguna medida la jurisprudencia internacional ha influido en los criterios que se han dado en el contenido del principio de igualdad jurídica que ha establecido por el Tribunal Constitucional. Considero que la jurisprudencia que ha tenido mayor influencia ha sido la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el mismo sentido, la Corte Interamericana ha hecho sus interpretaciones, en cuanto a criterios como la razonabilidad y la necesidad de analogía entre los casos a los que se aplique el principio.

4) Contenido del Principio de Igualdad dado por el Tribunal Constitucional: Entre los criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional de cómo debe ser interpretado el alcance y el contenido de la igualdad jurídica se ha dicho:

- A) Complementación de la igualdad jurídica con el precepto del artículo 9.2, es decir con la igualdad material, sin que implique que se debe garantizar por parte de las autoridades una “igualdad real”, es decir una igualdad formal y sustancial. Tan sólo deben complementarse como normas para poder alcanzar satisfacer el valor establecido en la norma 1.1 de la Constitución Española.
- B) La determinación del alcance del precepto 9.2, igualdad material, está a cargo de las autoridades del gobierno, mientras que la determinación del alcance del artículo 14 está a cargo de las autoridades judi-

ciales, y dentro del sistema constitucional español, esta determinación del contenido del principio de igualdad formal está a cargo del Tribunal Constitucional.

- C) Los particulares no deben incurrir en las discriminaciones establecidas en el artículo 14, ya que al ser de orden público constitucional están sobre el ejercicio de la autonomía de la voluntad.
- D) Se establece la obligatoriedad para las autoridades en general, es decir, para el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Esto hace que la igualdad jurídica tome una doble connotación como derecho subjetivo de los ciudadanos:
 - a) Por un lado, se tendrá la igualdad “en la ley”, ésta sería para el Poder Legislativo.
 - b) Por otro lado, debe tenerse la igualdad “ante la ley”, ésta para el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo.
- E) La igualdad no tiene un contenido autónomo, con lo cual para que la igualdad tenga un contenido esencial, necesariamente debe estar vinculado con otro derecho fundamental para convertirse en derecho subjetivo.
- F) Dentro de la igualdad jurídica como igualdad “en” la ley, el Tribunal Constitucional ha establecido algunos criterios que deben ser tomados en consideración, entre los que están:
 - a) Debe existir una justificación suficiente para que se haga una diferencia, es decir, la distinción debe ser razonable. Es importante hacer notar, que en cuanto a la razonabilidad, el Tribunal Constitu-

cional sigue el criterio que ha tenido el Tribunal Europeo de derechos Humanos. Por otra parte, establece que no debe vincularse igualdad jurídica con la igualdad material, es decir, que nos resuelve la discusión doctrinaria que se daba sobre si debe velarse o no por una “igualdad real”, al parecer la igualdad sustancial como lo afirma Alexy queda en meros “mandatos de optimización” que deben ser cumplidos gradualmente de acuerdo a las políticas de los gobernantes o políticos.

- b) Establece que dentro de las diferenciaciones normativas se consideraran no discriminatorias, aquéllas en que los medios sean proporcionales a los fines esperados. En este aspecto, también el Tribunal Constitucional ha seguido los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- c) Las distinciones no pueden ser hechas en leyes singulares excepto en caso de gran especialidad por circunstancias muy limitadas, pero llama la atención el Tribunal sobre la prohibición absoluta de utilizar este tipo de ley en el caso de que se trate de derechos fundamentales.
- d) En caso de que opere un cambio normativo que traiga algún tipo de discriminación, ésta no será tomada como tal, porque debe permitirse el avance del ordenamiento jurídico. Considero que el Tribunal Constitucional se excede en su apreciación, ya que debería permitir que se aplique la norma más favorable, en lugar de prohibir que se dé siquiera esta posibilidad. En este aspecto la posición de este alto Tribunal cae en una posición decimonónica sobre la veneración excesiva al

principio de legalidad y al legislador en particular, en lugar, de ponderar y establecer cuál debe ser el valor que la sociedad quiere hacer prevalecer.

G) En cuanto a la Igualdad en la “aplicación”, tal y como lo mencionábamos anteriormente, cuando se habla de igualdad jurídica “ante” la ley hacemos referencia a la aplicación tanto de la administración como de los órganos judiciales. Sobre todo, el Tribunal Constitucional se ha referido a este último caso, diciendo que los tribunales sobre todo deben tener en cuenta la razonabilidad para juzgar sobre la igualdad. Es así como se ha establecido que los tribunales pueden cambiar de criterio mientras sea razonable. Por otra parte establece que no se puede entender aplicación del precedente como en el caso norteamericano (*stare decisis*) sino como un término de comparación, en donde quien alegue la supuesta discriminación debe demostrar o aportar las pruebas para determinar que la diferenciación establecida no es razonable. Se advierte que todos estos criterios no se aplicarán en caso que se alegue que se aplique la igualdad en los casos en que ha habido ilegalidad.

Todo lo anterior, nos hace ver que el Tribunal Constitucional dentro del “Estado Constitucional” ha buscado dar un contenido al principio de igualdad jurídica, el cual tiene una naturaleza eminentemente abierta. Hoy por hoy el principio de igualdad jurídica, se ha visto configurado para responder a los intereses plurales de la sociedad española. Se cambió el significado decimonónico de igualdad tan solo “ante la ley” por una igualdad que no sólo posee un contenido formal más amplio (igualdad “ante la ley” e igualdad “en la ley”) sino que

además busca alcanzar la igualdad real. Considero que el Tribunal Constitucional Español irá día con día aumentando ese contenido para que la igualdad no sea sólo una igualdad jurídica, sino que se convierta, en la respuesta a los conflictos que tienen nuestras sociedades plurales.

Finalmente, permítanme concluir mi reflexión con algunas palabras dedicadas a quien se dedica este libro a don Rodolfo E. Piza Escalante:

Se ha ido don Rodolfo Gaviota, como atrevidamente, me permitía llamarlo, pero han quedado sus aportes, y lo que es mas importante, sus retos a quienes de una manera u otra nos contagió de esa pasión desmesurada por el Derecho de los Derechos Humanos. Este atrevido jurista dejó la marca en quienes lo conocimos, enseñándonos con su ejemplo que las únicas cosas que importan son las que están hechas de verdad y alegría, de compromiso y justicia, en fin, de la lucha por la existencia misma de nuestros congéneres y de nosotros mismos.

Don Rodolfo Gaviota no tiene cumpleaños porque siempre ha vivido, jamás nació y nunca morirá. No fue hijo de las personas a quienes llamó madre y padre, sino que fue el compañero de aventuras y luchas de todos los que tuvimos la suerte de conocerlo en una luminosa jornada para comprender las cosas que son, es decir, por reconocer la naturaleza misma del ser humano y rendirle el respeto que ésta merece.

Bibliografía

- ALEXY, Robert. *La teoría de los derechos fundamentales*. Colección El Derecho y la Justicia # 34. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid: Imprenta Fareso, S.A., 1993.
- APRELL LANSAGABASTER, María Concepción. “Principio de Igualdad y Condición del Extranjero. Posición del Tribunal Constitucional.” En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- ARZAMENA SIERRA, Jerónimo. “Principio de Igualdad y Derechos Fundamentales.” En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdad y Libertad*. Norberto Bobbio; introducción de Gregorio Peces-Barba. Barcelona: Paidós: ICE de la Universidad Autónoma, 1993.
- CANO MATA, Antonio. *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ederesa, D.L. 1983
- CANO MATA, Antonio. *Sentencias del Tribunal Constitucional sistematizadas y comentadas*. Madrid: Revista de Derecho Privado. 1983.
- Constitución española: con la doctrina del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de los derechos humanos, los tratados interna-

cionales suscrito por España y la relación de las leyes dictadas en desarrollo de la Constitución/ José Manuel Martínez Pereda Rodríguez. Segunda Edición. Madrid: Colex, 1993.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Segunda edición. Barcelona: Editorial Ariel, 1989

FERNANDEZ SEGADO, Francisco. “El principio de Igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.” En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

GARCÍA GUAL, Carlos. “La Grecia Antigua”. *Historia de la teoría política*. Compilación de Fernando Vallespín, Madrid: Alianza Editorial, S.A., 1990

JIMENEZ CAMPO, Javier. “La igualdad jurídica como límite frente al legislador.” *Revista Española de Derecho Constitucional*, #9, setiembre-diciembre, 1983.

LINDE PANIAGUA, Enrique. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos: estudio de la convención y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*/Enrique Linde, Luis Ignacio Ortega, Miguel Sánchez Morón; coordinación y prólogo García de Enterría. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1983.

NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.

PRIETTO SANCHIS, Luis. *Estudios sobre Derechos Fundamentales*. Primera edición. Madrid: Editorial Debate S. A., 1990.

POPPER, Karl. *La sociedad abierta y sus enemigos*. Quinta reimpresión. Barcelona: Ediciones Paidós, S.A., 1992.

RAZ. "Legal Principles and the Limits of Law", 81 *Yale L.J.*, 1972.

ROCA, Encarna. "Principio de Igualdad y aplicación de la ley." *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

RODRIGUEZ-PIÑERO, Miguel. *Igualdad y discriminación*/María Rodríguez-Piñero, María Fernanda Fernández López. Madrid: Tecnos, D.L. 1986 (Temas clave de la constitución española)

RUBIO LLORENTE, Francisco. "La igualdad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Introducción." En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

RUBIO LLORENTE, Francisco. *Derechos Fundamentales y principios constitucionales*. (Doctrina jurisprudencial). Barcelona: Editorial Ariel, S.A., 1995.

SABINE, George H. *Historia de la Teoría Política*. Revisada por Thomas Landon Thorson. Primera reim-

presión. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 1994.

SUAY RINCON, José. *El principio de igualdad en la justicia constitucional*/ José Suay Rincón; prólogo por José Eugenio Soriano. Madrid: Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1985.

ULL PONT, Eugenio. "Principio de Igualdad y respeto a las minorías." En *El principio de igualdad en la Constitución Española/IX Jornadas de Estudio* (Madrid, 1989, patrocinadas por) Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 1995.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las normas de interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de su artículo 29

*Ma. Auxiliadora Solano Monge**

El presente artículo tiene como propósito examinar cómo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Corte”, “la Corte Interamericana” o “el Tribunal”) en diversas oportunidades ha recurrido al artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante “la Convención” o “la Convención Americana”) para interpretar diversos asuntos planteados en algunos casos contenciosos y opiniones consultivas.

La Corte Interamericana, de acuerdo con el artículo 62 de la Convención Americana, tiene competencia “sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención”. Asimismo, el artículo 64 de la Convención establece que los Estados y los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organiza-

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ción de los Estados Americanos “podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

De conformidad con los citados artículos de la Convención, y los artículos 1 y 2 del Estatuto de la Corte, se desprende entonces, que el Tribunal tiene dos funciones esenciales: la *función jurisdiccional*, para resolver las controversias que se planteen en los casos contenciosos, relativas a la interpretación y aplicación de la Convención Americana; y la *función consultiva*, referente a la interpretación de las disposiciones de la Convención como la de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

La Corte ha señalado que el artículo 64 de la Convención le confiere la más amplia función consultiva, ya que “el objeto de la misma 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 [...]”¹. En este sentido, la Corte ha indicado también que:

su función consultiva, enclavada dentro del sistema de protección de los derechos fundamentales, es tan amplia cuanto lo requiera la salvaguardia de tales derechos, pero ceñida a los límites naturales que la misma Convención le señala. Con esto lo que se quiere decir es que, de la misma manera como el artículo 2 de la Convención crea para los Estados Partes la obligación

¹ Corte I.D.H., “*Otros Tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1, párr. 14.

de “adoptar [...] las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos [los] derechos y libertades” de la persona humana, la función consultiva hay que entenderla con criterio amplio, encaminado también a hacer efectivos tales derechos y libertades².

En lo que se refiere a la interpretación de las normas de la Convención, la Corte se ha remitido a las reglas de interpretación de tratados, las cuales se encuentran establecidas en los artículos 31 al 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, normas que el Tribunal ha aplicado reiteradamente en sus opiniones consultivas³ y en sus casos contenciosos⁴. De acuerdo

² Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984. Serie A. No. 4, párr. 25.

³ *Cfr.* Corte I.D.H., *Condición Jurídica y Derechos del Niño*. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 21; Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías* (arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987 Serie A No. 8, párr. 14; Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7, párr. 21; Corte I.D.H., *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 13; Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *supra* nota 2, párrs. 21 y 22; Corte I.D.H., *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 48, 49 y 59; Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 19; Corte I.D.H., *“Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte*, *supra* nota 1, párrs. 33 y 45.

⁴ *Cfr.* entre otros, Corte I.D.H., *Caso Paniagua Morales y otros, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 25 de enero de 1996. Serie C No. 23, párr. 40; Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, párr. 30; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C

con dichas normas, los tratados deben interpretarse de buena fe, según el sentido corriente que se atribuya a sus términos y al contexto de éstos, y teniendo en cuenta su objeto y fin; en el caso de la Convención, a la eficaz protección de los derechos humanos. De este modo, la mencionada Convención de Viena da ciertos elementos generales que orientan la interpretación en la práctica de los órganos de supervisión de los tratados de derechos humanos, como ha ocurrido, cuando la Corte ha invocado dichos artículos. En este punto, es relevante señalar que el Tribunal, refiriéndose a los criterios de interpretación contenidos en la Convención de Viena, definió que dichos criterios pueden considerarse reglas del derecho internacional general sobre el tema⁵. Asimismo, junto a las reglas de interpretación de orden general, existen otras normas dirigidas a la interpretación de las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos.

Al respecto, la Corte Interamericana en la Opinión Consultiva OC-16/99, expresó lo siguiente:

[e]l artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que éstos deben interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. La protección efectiva de los derechos humanos constituye el objeto y fin de la Convención Americana, por lo que al interpretarla la Corte deberá hacerlo en el

No. 2, párr. 35; y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz, Excepciones Preliminares*, Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3, párr. 33.

⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta*, *supra* nota 3, párr. 21; Corte I.D.H., *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, *supra* nota 2, párr. 21; y Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte*, *supra* nota 3, párr. 48.

sentido de que el régimen de protección de derechos humanos tenga todos sus efectos propios (*effet utile*)⁶.

La Convención Americana en el artículo 29 establece las normas específicas de interpretación de ese tratado, que van dirigidas a impedir que cualquier norma de la Convención sea interpretada en sentido contrario a las pautas ahí establecidas. Dicho artículo 29 de la Convención señala lo siguiente:

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 deriven 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.

Del artículo 29 de la Convención se desprende el deber que tiene la Corte de aplicar la Convención según el principio de que la interpretación de las normas de ésta debe estar dirigida a la mayor protección de los dere-

⁶ Corte I.D.H., *El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 58.

chos y libertades consagrados en la misma, pues el inciso b) prohíbe la interpretación que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes u otra convención en el cual sea parte uno de dichos Estados. Asimismo, el inciso d) del citado artículo, prohíbe la interpretación que excluya o limite el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de otros actos internacionales de la misma naturaleza. El inciso c) por su parte, establece que ninguna disposición de la Convención, puede interpretarse para excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Por último, el inciso a), incluye algunas restricciones o límites de la interpretación.

En cuanto a los criterios de interpretación, el destacado jurista Rodolfo Emilio Piza Escalante, en su Voto Separado en la Opinión Consultiva OC-4/84, indicó que:

[e]n este aspecto, a [su] juicio, tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del artículo 29 de la Convención Americana, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados, criterios que de un modo u otro ya han sido potenciados por la Corte [vide p. ej. OC-1/82, párrs. 24-25, 41; OC-2/82, párr. 27 ss, esp. 27, 29, 30-31; OC-3/83, párrs. 50, 57, 61, 65-66, así como [en su] voto separado en el caso “Gallardo y otras”, párr. 21]. Esos criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e in-

tegrar cada norma de la Convención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención misma por virtud del citado artículo 29, cuya amplitud innovadora no tiene parangón en ningún otro documento internacional⁷.

Cabe destacar, que ese criterio expuesto, ha tenido gran vigencia en el trabajo de la Corte, pues ésta ha recurrido reiteradamente a dichas reglas de interpretación, siempre en procura del objeto y fin de la Convención, como es la protección de los derechos humanos en toda su extensión, encaminada a hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en dicho tratado.

Así, en la Opinión Consultiva OC-5/85, la Corte estableció que del artículo 29.b) de la Convención, se entiende que ninguna disposición de esta última puede ser interpretada en el sentido de que:

si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce⁸.

⁷ Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, supra nota 2, Voto Separado del Juez Rodolfo Emilio Piza Escalante, párr. 2.

⁸ Corte I.D.H., *La Colegiación Obligatoria de Periodistas* (arts. 13 y 19 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, párr. 52.

Los tratados de derechos humanos se consideran instrumentos en constante evolución, que se transforman de acuerdo a los tiempos y medio social, que se aplican para garantizar la efectiva protección de los derechos consagrados en éstos. La Corte Interamericana, en la Opinión Consultiva OC-10/89, expresó que debía analizarse el valor y la significación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, no a la luz de lo que se pensaba en 1948, cuando se adoptó, sino de acuerdo al “momento actual, ante lo que hoy es el sistema interamericano” de protección de los derechos humanos, tomando en cuenta “la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración”⁹.

De la misma manera la Corte, en la Opinión Consultiva OC-3/83, indicó que el propósito perseguido por la Convención Americana constituye un verdadero límite al efecto de las reservas que se le formulen y si la condición de admisibilidad de las mismas es que éstas sean compatibles con el objeto y fin de la Convención, es necesario concluir, que dichas reservas deben interpretarse en el sentido que mejor se adecue a dicho objeto y fin¹⁰. Al efecto, se remitió al artículo 29.a) de la Convención para concluir, que “una reserva no puede ser interpretada de tal modo que conduzca a limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención en mayor medida que la prevista en la reserva de la misma”¹¹.

⁹ Cfr. Corte I.D.H., *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*. Opinión consultiva OC-10/89, del 14 de julio de 1989. Serie A. No. 10, párr. 37.

¹⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Restricciones a la Pena de Muerte*, *supra* nota 3, párr. 65.

¹¹ Cfr. Corte I.D.H., *Restricciones a la Pena de Muerte*, *supra* nota 3, párr. 66.

Asimismo, en la Opinión Consultiva OC-8/87 la Corte expresó que para la interpretación del artículo 27.2 de la Convención Americana, disposición que no autoriza la suspensión de los artículos 3, 4, 5, 6, 9, 17, 19, 20 y 23 de la Convención ni las garantías judiciales indispensables para la protección de dichos derechos, además de hacerse de buena fe teniendo en cuenta el objeto y fin de la misma, debía tenerse presente el artículo 29.a) de la Convención para “prevenir una conclusión que impli[ca] ‘suprimir el goce o ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o a limitarlos en la mayor medida que la prevista en ella’”¹².

La Corte también se pronunció en el sentido de que:

los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción¹³.

De acuerdo con dicho pronunciamiento, es posible afirmar entonces, que los tratados de derechos humanos

¹² Corte I.D.H., *El Hábeas Corpus bajo suspensión de garantías*, supra nota 3, párr. 16.

¹³ Corte I.D.H., *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, supra nota 3, párr. 29.

son distintos de los tratados de tipo clásico que, por su naturaleza especial deben ser interpretados a la luz de la protección de los derechos fundamentales del ser humano, siempre tomando en cuenta el objeto y fin del tratado, como se dijo anteriormente. Dadas las particularidades de dichos tratados, las normas de interpretación permiten que se recalquen diversos elementos de los mismos, con el propósito de asegurar una protección eficaz de los derechos humanos. Al respecto, el distinguido jurista y Juez Antônio A. Cançado Trindade, Presidente de la Corte Interamericana, ha señalado atinadamente que:

[I]os tratados de derechos humanos se dirigen al tratamiento dispensado por los Estados, en el ámbito de su ordenamiento jurídico interno, a todos los seres humanos sujetos a su jurisdicción, aunque los conceptos que utilizan encuentren paralelo en los empleados en el derecho interno, se revisten de un sentido internacional autónomo, estableciendo patrones comunes de comportamiento para todos los Estados Partes. Las reglas de interpretación de tratados [...] se aplican también a los tratados de derechos humanos, que incorporan conceptos de sentido autónomo, pero con el objeto y fin de estos tratados son distintos, las reglas clásicas de interpretación se ajustan a esa realidad¹⁴.

A su vez, la Corte ha invocado las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana para solucionar algunos planteamientos expuestos en los casos presentados ante el Tribunal, e incluso, para imputar al Estado la violación de alguna norma de la Convención. A continuación se mencionan varios casos en que la Corte ha recurrido a dicho artículo de la Convención.

¹⁴ CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), *El Sistema Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pp. 26.

El caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra el Estado de Nicaragua fue presentado por la Comisión el 4 de junio de 1998 y en la demanda solicitó que la Corte decidiera si el Estado había violado los artículos 1, 2, 21, y 25 de la Convención, en razón de que Nicaragua no había demarcado las tierras comunales de la Comunidad Awas Tingni, ni había tomado medidas efectivas que aseguraran los derechos de propiedad de la Comunidad en sus tierras ancestrales y recursos naturales. Había otorgado una concesión en las tierras de la Comunidad, sin su consentimiento, y no había garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de la Comunidad sobre sus derechos de propiedad relacionados con la falta de demarcación de las tierras y el reconocimiento oficial de los derechos de la Comunidad sobre las mismas.

La Comisión en la demanda alegó que la Comunidad tenía derechos comunales de propiedad sobre tierras y recursos naturales, con base en patrones tradicionales de uso y ocupación territorial ancestral, y que esos patrones generan sistemas consuetudinarios de propiedad, los cuales son derechos de propiedad creados por las prácticas y normas consuetudinarias indígenas que debían ser protegidos y que calificaban como derechos de propiedad amparados por el artículo 21 de la Convención. Al respecto, la Comisión indicó también, que “existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales”¹⁵. Dado lo anterior, la Comisión pidió a la Corte que, en

¹⁵ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*. Sentencia de 21 de agosto de 2001. Serie C No.79, párr. 140.d.

ese caso, debía interpretar la Convención Americana incluyendo los principios sobre los derechos colectivos de los pueblos indígenas, en aplicación del artículo 29 de la Convención.

Ante ese planteamiento la Corte, en la sentencia de fondo dictada por la Corte el 31 de agosto de 2001, reiteró que los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo cual, no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno y que dichos tratados son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos, y en particular, a las condiciones de vida actuales¹⁶. Asimismo, el Tribunal en consideración del artículo 29.b) de la Convención, concluyó lo siguiente:

[m]ediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua¹⁷.

Por último, de acuerdo con lo anterior y en aplicación del artículo 29.b) de la Convención, la Corte con-

¹⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 15, párr. 148; y Corte I.D.H., *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, *supra* nota 6, párr. 114.

¹⁷ Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 15, párr. 148.

sideró que, a la luz del artículo 21 de la misma, el Estado había violado el derecho al uso y goce de los bienes de los miembros de la Comunidad Mayagna (*Sumo*) Awas Tingni, ya que no había delimitado ni demarcado su propiedad comunal, y que había otorgado concesiones a terceros para la explotación en un área que podría llegar a corresponder, a los terrenos sobre los que deberá recaer la delimitación, demarcación y titulación correspondientes¹⁸.

Los casos *Hilaire y Otros, Benjamin y Otros, y Constantine y Otros* fueron presentados por la Comisión contra el Estado de Trinidad y Tobago el 25 de mayo de 1999, el 5 de octubre y el 22 de febrero de 2000, respectivamente, para que la Corte declarara la supuesta violación de los artículos 2, 4, 5, 8 y 25 de la Convención Americana, todos en relación con el artículo 1.1 de la misma, en razón de que dicho Estado había sentenciado a varias víctimas a una “pena de muerte obligatoria”; a otras víctimas no les había proporcionado un derecho efectivo para solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena; también había una demora en algunos procesos penales y las condiciones de detención de otras era deficiente y, además, en otros casos el Estado no había adoptado las medidas legislativas y de otro carácter necesarias para hacer efectivo el derecho a ser juzgadas ante un tribunal competente dentro de un plazo razonable.

En el trámite sobre excepciones preliminares de dichos casos, Trinidad y Tobago alegó que en el instrumento de adhesión de la Convención de 3 de abril de

¹⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, *supra* nota 15, párr. 153.

1991, depositado por el Estado el 28 de mayo de 1991, reconocía la competencia contenciosa de la Corte pero sujeto a una reserva, con respecto al artículo 62 de la Convención, que dice:

el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares¹⁹.

El Tribunal, al analizar el caso, y teniendo en cuenta la reserva indicada, concluyó que el artículo 62 de la Convención no tiene disposición alguna que faculte a Trinidad y Tobago formular la restricción que hizo y, en consecuencia, de acuerdo con una interpretación de la Convención, consideró que un Estado parte en la Convención sólo puede desvincularse de sus obligaciones convencionales observando las disposiciones del propio tratado²⁰.

Seguidamente, la Corte se remitió al artículo 29 de la Convención y señaló que:

¹⁹ Corte I.D.H., *Caso Hilaire y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 43; Corte I.D.H., *Caso Benjamin y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81, párr. 42; y Corte I.D.H., *Caso Constantine y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 42.

²⁰ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Hilaire y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 19, párrs. 88 y 89; Corte I.D.H., *Caso Benjamin y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 19, párrs. 79 y 80; y Corte I.D.H., *Caso Constantine y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 19, párrs. 79 y 80.

no tendría sentido suponer que un Estado que decidió libremente su aceptación a la competencia contenciosa de la Corte, haya pretendido en ese mismo momento evitar que ésta ejerza sus funciones según lo previsto en la Convención. Por el contrario, la sola aceptación del Estado conlleva la presunción inequívoca de que se somete a la competencia contenciosa de la Corte²¹.

El *caso del Tribunal Constitucional* contra el Estado del Perú fue presentado por la Comisión el 2 de julio de 1999, para que la Corte decidiera si el Estado había violado en perjuicio de Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano, magistrados del Tribunal Constitucional del Perú, los artículos 8.1 y 8.2.b), c), d) y f), 23.1.c y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma. Según los hechos del caso, dichos magistrados fueron destituidos el 28 de mayo de 1997, como resultado de una decisión del Tribunal Constitucional de “inaplicar” la Ley 26.657, la cual habilitaba una segunda reelección presidencial, en contra de lo dispuesto en la Constitución peruana.

La Comisión, en su demanda, alegó, al referirse a las garantías judiciales establecidas en artículo 8 de la Convención, que:

la Constitución del Perú y el Reglamento del Congreso establecen las normas del debido proceso para el trámite de la acusación constitucional, por lo cual, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, di-

²¹ Corte I.D.H., *Caso Hilaire y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 19, párr. 90; Corte I.D.H., *Caso Benjamin y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 19, párr. 81; y Corte I.D.H., *Caso Constantine y Otros c/Trinidad y Tobago*. Excepciones Preliminares *supra* nota 19, párr. 81.

chas normas se integran al conjunto de derechos de que gozaban las víctimas. En este caso se violaron las siguientes garantías del debido proceso: comunicación previa de la acusación (art. 8.2.b.); defensa personal o a través de un defensor elegido libremente y con quien el acusado se pueda comunicar en forma libre y privada (art. 8.2.d.); derecho a interrogar a los testigos y obtener que comparezcan otras personas que colaboren en el esclarecimiento de los hechos (art. 8.2.f); derecho a la presunción de inocencia (art. 8.2); y derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (art. 8.2.c)²².

La Corte, al analizar el caso, señaló que el Congreso, en el procedimiento del juicio político, no aseguró a los magistrados destituidos, las garantías del debido proceso; no garantizó la imparcialidad requerida en artículo 8.1 de la Convención Americana; se limitó el derecho de las víctimas a ser oídas por el órgano que emitió la decisión, y además, se restringió su derecho a participar en el proceso²³. En consecuencia, la Corte consideró que el Estado había violado el derecho a las garantías judiciales consagrado en el artículo 8 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano.

Establecido lo anterior, y en consideración del artículo 1.1 de la Convención, para determinar si la conducta del Estado peruano se había ajustado o no a la Convención Americana, la Corte se remitió al Preámbulo de la Convención, el cual reafirma el propósito de los

²² Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 64.h.

²³ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 22, párrs. 78 y 81.

Estados Americanos de “consolidar en [el] Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social fundado en el respeto de los derechos y deberes esenciales del hombre”.

Al respecto, la Corte observó que dicha exigencia se ajustaba a lo establecido en el artículo 29.c) de la Convención, por lo que el Tribunal, al analizar los hechos del caso, y frente a lo señalado en el Preámbulo, determinó que los mismos contrastaban con los requerimientos convencionales, ya que:

el Tribunal Constitucional quedó desarticulado e incapacitado para ejercer adecuadamente su jurisdicción, sobre todo en cuanto se refiere al control de constitucionalidad, ya que el artículo 4 de la Ley Orgánica de dicho Tribunal exige el voto conforme de seis de los siete magistrados que lo integran para la declaratoria de la inconstitucionalidad de las leyes. El Tribunal Constitucional es una de las instituciones democráticas que garantizan el Estado de Derecho. La destitución de los magistrados y la omisión por parte del Congreso de designar a los sustitutos conculcó *erga omnes* la posibilidad de ejercer el control de constitucionalidad y el consecuente examen de la adecuación de la conducta del Estado a la Constitución²⁴.

En este punto, la Corte concluyó que el Estado peruano había incumplido la obligación general contenida en artículo 1.1 de la Convención.

Los casos *Ivcher Bronstein* y *del Tribunal Constitucional*, ambos contra el Estado del Perú, fueron presentados ante la Corte por la Comisión el 31 de marzo de 1999 y 2 de julio de 1999, respectivamente.

²⁴ Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 22, párr. 112.

En el trámite de dichos casos, el Estado devolvió las demandas y sus anexos, con base en que:

1. Mediante Resolución Legislativa No. 27152, de fecha 8 de julio de 1999, el Congreso de la República aprobó el retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
2. El 8 de julio de 1999, el Gobierno de la República del Perú procedió a depositar en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el instrumento mediante el cual declara que, de acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la República del Perú retira la declaración de reconocimiento de la cláusula facultativa de sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
3. [E]l retiro del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte produce efectos inmediatos a partir de la fecha del depósito del mencionado instrumento ante la Secretaría General de la OEA, esto es, a partir del 9 de julio de 1999, y se aplica a todos los casos en los que el Perú no hubiese contestado la demanda incoada ante la Corte²⁵.

Ante la posición del Estado, en relación con el supuesto retiro de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa, la Corte consideró que esa cuestión debía ser resuelta por ésta, ya que es la que tiene el poder inherente de determinar su propia competencia. Dentro del marco planteado, entonces el Tribu-

²⁵ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 54, párr. 23; y Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999. Serie C No. 55, párr. 23.

nal Interamericano recurrió al mencionado artículo 29.a) de la Convención y estableció que:

[u]na interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional²⁶.

El *caso Blake* contra el Estado de Guatemala fue presentado por la Comisión el 3 de agosto de 1995, para que la Corte decidiera si el Estado violó los artículos 4, 7, 8, 13, 22 y 25 de la Convención Americana, todos ellos en concordancia con el artículo 1.1 de la misma, por el supuesto secuestro y asesinato del señor Nicholas Chapman Blake por agentes del Estado guatemalteco el 28 de marzo de 1985 y la desaparición que se prolongó durante un período mayor de siete años, hasta el 14 de junio de 1992. Asimismo, la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado violó el artículo 51.2 de la Convención.

En este caso, en el trámite sobre excepciones preliminares, la Corte recurrió al artículo 29.d) de la Convención, ya que para el momento del dictado del fallo no existía ningún texto convencional en vigor sobre la figura de la desaparición forzada de personas, aplicable

²⁶ Corte I.D.H., *Caso Ivcher Bronstein*. Competencia, *supra* nota 25, párr. 41; y Corte I.D.H., *Caso del Tribunal Constitucional*. Competencia, *supra* nota 25, párr. 40.

a los Estados Partes en la Convención. Sin embargo, el Tribunal consideró que se debían tomar en cuenta los textos de dos instrumentos, la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas de 18 de diciembre de 1992 y la Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de Personas de 9 de junio de 1994, pese a que esta última, todavía no estaba en vigor para Guatemala, precisamente porque dichos instrumentos recogen varios principios de derecho internacional sobre esta materia, instrumentos que se podían invocar con fundamento en el artículo 29.d) de la Convención Americana²⁷.

En atención de lo anterior, la Corte señaló que:

de acuerdo con los mencionados principios de derecho internacional, recogidos también por la legislación guatemalteca, la desaparición forzada implica la violación de varios derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana, y que los efectos de estas infracciones, aún cuando algunas, como en este caso, se hubiesen consumado, pueden prolongarse de manera continua o permanente hasta el momento en que se establezca el destino o paradero de la víctima²⁸.

En consecuencia, el Tribunal concluyó que como el destino o paradero del señor Blake fue conocido por los familiares de la víctima hasta el 14 de junio de 1992, con posterioridad a la fecha en que Guatemala se sometió a la jurisdicción contenciosa de la Corte, la excep-

²⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Blake*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 2 de julio de 1998. Serie C No. 27, párr. 36.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Blake*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 27, párr. 39.

ción preliminar opuesta por el Estado era infundada en cuanto a los efectos y conductas posteriores a dicho sometimiento. Pero el Tribunal tenía competencia para conocer de las posibles violaciones del Estado en cuanto a dichos efectos y conductas²⁹.

En la fase de fondo de dicho caso, la Corte, cuando analizó la violación del artículo 8.1 de la Convención, consideró que debía interpretarse de forma amplia, tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debía ser considerado de conformidad con el artículo 29.c) de la Convención, de acuerdo al cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno³⁰.

En razón de dicha interpretación, el Tribunal estableció que el artículo 8.1 de la Convención comprendía también el derecho de los familiares de la víctima a las garantías judiciales, por cuanto “todo acto de desaparición forzada sustrae a la víctima de la protección de la ley y le causa graves sufrimientos, lo mismo que a su familia”, según el artículo 1.2 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. Por lo que la Corte concluyó que el mencionado artículo confería a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte fueran efectivamente investigadas por las autoridades guatemaltecas, mediante un proceso en el cual se sancionaran a los responsables; y

²⁹ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Blake*. Excepciones Preliminares, *supra* nota 27, párr. 40.

³⁰ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1996. Serie C No. 34, párr. 96.

que se les indemnizaran los daños y perjuicios causados³¹. En consecuencia, declaró que Guatemala había violado el artículo 8.1 de la Convención Americana, en perjuicio de los familiares del señor Nicholas Blake en relación con el artículo 1.1 de la Convención.

El caso *Loayza Tamayo* contra el Estado del Perú fue presentado por la Comisión el 12 de enero de 1995, para que la Corte decidiera si hubo violación de los artículos 1.1, 5, 7, 8, 25 y 51.2 de la Convención en perjuicio María Elena Loayza Tamayo, quien fue objeto de privación ilegal de la libertad, tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, violación a las garantías judiciales y doble enjuiciamiento con base en los mismos hechos, en violación de la Convención Americana.

En la sentencia de fondo, en consideración del contexto en el cual se dieron los hechos del caso y a lo señalado por el Estado en cuanto al terrorismo, de que el mismo conduce a una escalada de violencia en detrimento de los derechos humanos, la Corte advirtió que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos y recurrió al artículo 29.a) de la Convención, ya que de acuerdo a esta norma, ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella, y agregó que dichos preceptos tienen raíces en el artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948³².

³¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Blake*, *supra* nota 30, párr. 97.

³² Cfr. Corte I.D.H., *Caso Loayza Tamayo*. Sentencia de 17 de noviembre de 1997. Serie C No. 33, párr. 44.

También, es oportuno señalar, que en la actualidad, existe un reconocimiento mayoritario, de que hay tres ramas para la protección internacional de la persona humana, a saber: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario, que se complementan entre sí, se interrelacionan y fortalecen, en aras de la protección de la persona, aunque tienen diferencias sustantivas y procesales. Dicha convergencia se puede observar en la práctica internacional cuando a menudo en un mismo momento operan órganos de los diferentes sistemas de protección, según el ámbito de protección de cada uno de ellos. En este sentido, el Juez Antônio A. Cançado Trindade, ha señalado que:

la propia evolución histórica [...] de las distintas vertientes de protección internacional de la persona humana revela, a lo largo de los años, diversos puntos de contacto entre ellas. Las convergencias no se limitan al plano sustantivo o normativo, sino que se extienden también al plano operativo [...] Las aproximaciones y convergencias entre estas tres vertientes amplían y fortalecen las vías de protección de la persona humana³³.

Dicho planteamiento de convergencia de las mencionadas ramas, no ha sido ajeno a las cuestiones planteadas en los casos contenciosos tramitados por el Tribunal, en los cuales las partes involucradas han recurrido a las normas interpretativas de la Convención consagradas en el artículo 29 ahora en estudio.

Al respecto, en el *caso Las Palmeras* presentado el 6 de julio de 1998 contra Colombia, la Comisión solicitó

³³ CANÇADO TRINDADE (Antônio Augusto), *op. cit.*, pp.188 y189.

entre otras infracciones, que la Corte decidiera si el Estado había violado el derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra de 1949, en perjuicio de las siete víctimas del caso. Asimismo, la Comisión el 30 de agosto de 1996 presentó ante la Corte otra demanda contra Guatemala y pidió a ésta que decidiera si el Estado había violado en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, entre otros, 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. En ambos casos, la Comisión invocó el artículo 29 de la Convención.

De acuerdo a la evolución de la jurisprudencia de la Corte y a la invocación del artículo 29 de la Convención por parte de ésta, y el desarrollo de las tres ramas de protección de la persona humana, es necesario recalcar que el Tribunal, al aplicar la Convención como instrumento de protección de los derechos y libertades fundamentales, señaló que:

[s]i bien la Corte carece de competencia para declarar que un Estado es internacionalmente responsable por la violación de tratados internacionales que no le atribuyen dicha competencia, se puede observar que ciertos actos u omisiones que violan los derechos humanos de acuerdo con los tratados que le compete aplicar infringen también otros instrumentos internacionales de protección de la persona humana, como los Convenios de Ginebra de 1949 y, en particular, el artículo 3 común.

Hay efectivamente equivalencia entre el contenido del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949 y el de las disposiciones de la Convención Ame-

ricana y de otros instrumentos internacionales acerca de los derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes). Esta Corte ya ha señalado, en el *Caso Las Palmeras* (2000), que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra pueden ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana³⁴.

De conformidad con el desarrollo de la jurisprudencia de la Corte, se observa entonces que en numerosas ocasiones, el Tribunal ha recurrido a principios generales de interpretación, a las reglas de los artículos 31 al 33 de las Convenciones de Viena y ha aplicado las normas de interpretación específicas consagradas en el artículo 29 de la Convención. Por lo anterior, la Convención Americana sobre Derechos Humanos se ha constituido en un instrumento en constante evolución, ya que la Corte, al aplicar las mencionadas normas, ha adaptado dicho instrumento, a nuestros tiempos y a través de su interpretación ha resuelto los asuntos planteados en las opiniones consultivas y en los casos contenciosos, sin apartarse del objeto y fin de la Convención.

La Corte en uso de sus atribuciones y funciones, como vimos, ha resuelto entre otros casos referentes a su competencia, a las reservas de los Estados consignadas al momento de la ratificación o adhesión de la Convención, y ha mantenido en sus resoluciones, una interpretación amplia de la Convención, gracias a las atribuciones que para ello tiene, de acuerdo con el artículo 29 de la misma, que le han permitido proteger en forma ex-

³⁴ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velázquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No 70, párrs. 208 y 209.

tensiva, los derechos y libertades fundamentales de los seres humanos consagrados en ésta, siempre en observancia del principio *pro homine*. Para tal efecto, en reiteradas oportunidades, ha recurrido también, a otros instrumentos de derechos humanos, tales como, la Convención sobre los Derechos del Niño³⁵, y así complementar las normas de la Convención, o bien, ha declarado la violación de algunos artículos de otros instrumentos distintos a la Convención Americana, como ha sucedido con la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura³⁶; y de acuerdo a la jurisprudencia reciente, también a invocado el Derecho Humanitario³⁷. De esa forma la Corte ha realizado una labor integradora de los distintos instrumentos de protección de la persona humana desde hace mucho tiempo.

La tarea que realiza la Corte no ha terminado, todo lo contrario, está en su fase más importante de desarrollo, y como se desprende de su jurisprudencia, se puede afirmar que las palabras del gran jurista Rodolfo Emilio Piza Escalante en su Voto Separado de la Opinión Consultiva OC-4/84, son una realidad y de gran vigencia, porque en cada decisión del Tribunal se resalta “la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Con-

³⁵ Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros (Caso Villagrán “Niños de la Calle”)*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 188.

³⁶ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, párr. 191; Corte I.D.H., *Caso Villagrán Morales y otros (Caso Villagrán “Niños de la Calle”)*, *supra* nota 35, párr. 252; y Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velázquez*, *supra* nota 34, párr. 223.

³⁷ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó. Medidas Provisionales*. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002, considerando décimo primero.

vención utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos [...]”³⁸.

³⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, *supra* nota 2, Voto Separado del Juez Rodolfo Emilio Piza Escalante, párr. 2.

**La pena de muerte y su
imposición obligatoria.
El caso de Trinidad y Tobago
ante la Corte Interamericana de
Derechos Humanos**

Lilly Ching Soto *

El 21 de junio de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹, -cuyo primer Presidente fue el Dr. Rodolfo E. Piza Escalante² (1979-1981) y en honor a quien escribimos-, dictó, por primera vez, una sentencia relativa a la imposición obligatoria de la pena de muerte³. En ella, marcó la pauta en cuanto al criterio jurisprudencial de ese Tribunal internacional frente, no sólo al tema de la imposición obligatoria de la pena de muerte, sino también, al tema de la pena de muerte en gene-

* Abogada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹ La Corte Interamericana se encontraba integrada de la siguiente manera: Antônio A. Cançado Trindade, Presidente; Alirio Abreu Burelli, Vicepresidente; Hernán Salgado Pesantes, Juez; Oliver Jackman, Juez; Sergio García Ramírez, Juez, y Carlos Vicente de Roux Rengifo, Juez. El Juez Máximo Pacheco Gómez no participó en la deliberación y firma de la sentencia de referencia por motivos de fuerza mayor.

² El Dr. Rodolfo E. Piza Escalante fue un distinguido Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1979 hasta 1989.

³ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No. 94.

ral, regulado bajo el concepto de derecho a la vida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴.

Para ello, el Tribunal se vio ante la oportunidad histórica de analizar diversas situaciones con las que, a pesar de sus casi cien sentencias publicadas al año 2002⁵, no le había correspondido referirse en casos contenciosos anteriores. Algunas de ellas representan un precedente lamentable, como la denuncia de la Convención Americana efectuada por el Estado de Trinidad y Toba-

⁴ El artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece lo siguiente:

Artículo 4. Derecho a la Vida

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.
2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.
3. No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido.
4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.
5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.
6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

⁵ Al momento de dictar la sentencia en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, el Tribunal había emitido 93 sentencias, ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Jurisprudencia, en página electrónica de la Corte Interamericana, (29/08/02): <http://www.corteidh.or.cr>

go (*infra*), y otras reflejan más bien la constante transición y evolución de que ha sido sujeto activo la Corte Interamericana no sólo a nivel interamericano, sino a nivel mundial.

El caso

En fechas 25 de mayo de 1999, 22 de febrero de 2000 y 5 de octubre de 2000, la Comisión Interamericana sometió a conocimiento de la Corte los casos *Hilaire, Constantine y otros* y *Benjamin y otros*, respectivamente, en contra del Estado de Trinidad y Tobago⁶.

En la demanda del *Caso Hilaire* la Comisión Interamericana alegó que Trinidad y Tobago era responsable de la violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por el arresto, detención, juicio, condena y sentencia a muerte de Haniff Hilaire “conforme a una ley que hace obligatoria la imposición de la pena de muerte para todas las personas condenadas por homicidio intencional” y, por lo tanto, de violar los derechos de la víctima consagrados en los artículos: 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 7.5 (Derecho a la Libertad Personal) y 25 (Protección Judicial); todos en relación con el artículo 1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la Convención Americana. Asimismo, la Comisión sostuvo que el Estado era responsable de la violación del artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derechos Interno) de la Convención⁷.

⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 1.

⁷ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 80, párr. 2 y Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa CDH-CP-05/02 ESPAÑOL.

La demanda del *Caso Constantine y otros* fue interpuesta por la Comisión con el propósito de que el Tribunal declarara que el Estado era responsable de la violación de la Convención Americana por los arrestos, detenciones, juicios, condenas y sentencias a muerte de George Constantine, Nigel Mark, Wilberforce Bernard, Clarence Charles, Steve Mungroo, Anthony García, Mervyn Edmund, Gangadeen Tahaloo, Natasha De León, Wenceslaus James, Keiron Thomas, Denny Baptiste, Wilson Prince, Darrin Roger Thomas, Samuel Winchester, Martin Reid, Rodney Davis, Noel Seepersad, Wayne Matthews, Alfred Frederick, Vijay Mungroo, Phillip Chotalal, Naresh Boodram y Joey Ramiah, “conforme a una ley que hace obligatoria la imposición de la pena de muerte para todas las personas condenadas por homicidio intencional” y, por lo tanto, de violar los derechos consagrados en los artículos: 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, en relación con los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma⁸.

En la demanda del *Caso Benjamin y otros* la Comisión alegó que el Estado trinitense era responsable de la violación de la Convención Americana por los arrestos, detenciones, juicios, condenas y sentencias a muerte de Peter Benjamin, Krishendath Seepersad, Francis Mansingh, Allan Phillip, Narine Sooklal, Amir Mowlah

⁸ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 82, párr. 2 y Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa CDH-CP-05/02 ESPAÑOL.

y Mervyn Parris, “conforme a una ley que hace obligatoria la imposición de la pena de muerte para todas las personas acusadas de homicidio intencional” en Trinidad y Tobago. En su demanda, la Comisión consideró que Trinidad y Tobago violó, en perjuicio de las alegadas víctimas los derechos consagrados en la Convención Americana, en particular las disposiciones contenidas en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial), en relación con los artículos 1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar las Disposiciones de Derecho Interno) de la misma Convención⁹.

En síntesis, de acuerdo con los alegatos de la Comisión en sus demandas, todas las víctimas fueron juzgadas y sentenciadas por homicidio intencional en Trinidad y Tobago de acuerdo con la *Ley de Delitos contra la Persona*, cuya Sección 3 establece que un acusado debe ser condenado por homicidio intencional si se determina que dio muerte ilegítimamente a otra persona con intención de matarla o causarle grave lesión corporal¹⁰. Así las cosas y en virtud de que “las partes procesales en los casos *Hilaire, Constantine y otros y Benjamin y otros* [eran] las mismas, es decir la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado de Trinidad y Tobago”, “el objeto [era] esencialmente idéntico en los tres casos, en el sentido de que todos se

⁹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 1 de septiembre de 2001. Serie C No. 81, párr. 2 y Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de Prensa CDH-CP-05/02 ESPAÑOL.

¹⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, párr. 84.c y cfr. *Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago* (3 de abril de 1925). Legislación de Trinidad y Tobago, Sección 3.

relaciona[ban] con las garantías del debido proceso en supuestos de ‘pena de muerte obligatoria’, siendo las únicas diferencias las circunstancias individuales de cada caso” y de que “los artículos de la Convención Americana que se alega[ban] como violados en cada caso [eran] fundamentalmente los mismos”, de conformidad con el artículo 28¹¹ (Acumulación de casos y de autos) del Reglamento de la Corte Interamericana, el Tribunal decidió:

1. Ordenar la acumulación de los casos *Hilaire, Constantine y otros y Benjamin y otros*, así como de sus procedimientos. Como consecuencia, el caso que resulta de la acumulación pasa a denominarse *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*¹².

[...]

Cabe mencionar que, al momento de la presentación de dichos casos, se encontraba en vigor el Reglamento del Tribunal de 16 de septiembre de 1996; sin embargo, de conformidad con la Resolución de la Corte Interamericana de 13 de marzo de 2001 (sobre Disposiciones Transitorias al Reglamento de la Corte), la sentencia sobre el fondo se dictaría según los términos del Reglamento en vigor a partir del 1º de junio de 2001. La ma-

¹¹ El artículo 28 (Acumulación de casos y de autos) del Reglamento de la Corte Interamericana establece que:

1. La Corte podrá, en cualquier estado de la causa, ordenar la acumulación de casos conexos entre sí cuando haya identidad de partes, objeto y base normativa.
2. La Corte también podrá ordenar que las diligencias escritas u orales de varios casos, comprendida la presentación de testigos, se cumplan conjuntamente.
3. Previa consulta con los Agentes y los Delegados, el Presidente podrá ordenar que dos o más casos sean instruidos conjuntamente.

¹² Corte I.D.H., Casos *Hilaire, Constantine y otros y Benjamin y otros*, Resolución de 30 de noviembre de 2001.

yor repercusión del cambio reglamentario que experimentó la Corte al momento de conocer el fondo del caso de referencia, fue la posibilidad de que los representantes de las víctimas hicieran llegar a la Corte sus solicitudes, argumentos y pruebas de forma autónoma durante las partes pertinentes del proceso¹³.

De esta forma, con la acumulación de casos y la aplicación del nuevo Reglamento de la Corte, los casos se resolverían de manera conjunta, lo que constituyó la primicia de esta práctica por parte del Tribunal internacional. Lo anterior, en virtud de las nuevas necesidades del sistema, del aumento de casos que se someten ante la Corte, del aumento de participación de los representantes de las presuntas víctimas ante el Tribunal -lo que inevitablemente incide en el aumento del trabajo del mismo- y finalmente, en virtud de la escasez de fondos con los que dispone la Corte Interamericana¹⁴. Todo esto además, con la intención de no causar detrimento alguno a las personas que concurren al sistema interamericano y quienes constituyen su razón de ser.

Así, en el momento procesal oportuno, tanto la Comisión Interamericana como los representantes de las

¹³ El artículo 23 del Reglamento aprobado por la Corte en su XLIX período Ordinario de Sesiones y en vigor a partir del 1° de junio de 2001 establece lo siguiente:

1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

[...]

¹⁴ Al momento de dictar la sentencia en el caso de referencia, la Corte Interamericana sesionaba un promedio ocho semanas al año, gracias a la buena voluntad de juristas de la más alta autoridad moral y reconocida competencia en materia de derechos humanos, cuya labor en el Tribunal se realiza *ad honorem*.

víctimas coincidieron en establecer que los temas principales del caso consolidado se relacionan con los procesos penales de todas o de algunas de las víctimas, como resultado de su condena por el delito de homicidio intencional en Trinidad y Tobago (*murder*), en virtud de que los casos trataban sobre la “naturaleza obligatoria de la pena de muerte”; la necesidad de clasificación en grados de culpabilidad penal y de individualización de las penas; el proceso para otorgar la amnistía, el perdón o la conmutación de la pena en Trinidad y Tobago; las demoras en los procesos penales de algunas de las víctimas; las deficiencias en el tratamiento y condiciones de detención de ciertas víctimas; las violaciones al debido proceso previo al juicio, durante éste y en la etapa de apelación y, finalmente, las garantías del debido proceso¹⁵.

En relación con lo anteriormente señalado, ambas partes solicitaron como reparación principal, la conmutación de las penas de muerte de las personas incluidas en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*¹⁶. Correspondía entonces a la Corte manifestarse al respecto, y así lo hizo, de una forma sin precedentes y categórica como veremos más adelante.

La denuncia de la Convención Americana por parte de Trinidad y Tobago y la *compétence de la compétence* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Trinidad y Tobago depositó su instrumento de ratificación de la Convención Americana y reconoció la

¹⁵ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párrs. 4 y 8-10.

¹⁶ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párrs. 6 y 10.

competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de mayo de 1991¹⁷.

El 22 de mayo de 1998 la Comisión Interamericana le solicitó a la Corte la adopción de Medidas Provisionales para preservar la vida y la integridad física de cinco personas que se encontraban detenidas en espera de ejecución en Trinidad y Tobago, con el fundamento de que la ejecución de estas personas antes de que la Comisión tuviera la oportunidad de dictaminar respecto de sus peticiones, les causarían un daño irreparable y tornarían ineficaces las eventuales decisiones que dicho organismo adoptara al respecto¹⁸.

Sin embargo, el 26 de mayo de 1998, siete años después de que Trinidad y Tobago reconociera la competencia del Tribunal y cuatro días después de la interpo-

¹⁷ Al adherir la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Trinidad y Tobago hizo dos reservas que se transcriben a continuación:

1. Con respecto al artículo 4(5) de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago formula una reserva por cuanto en las leyes de Trinidad y Tobago no existe prohibición de aplicar la pena de muerte a una persona de más de setenta (70) años de edad.

2. Con respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares.

Ver Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en página electrónica de la OEA, (29/08/02): <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>

¹⁸ *Cfr.* Corte I.D.H., *Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel* (Medidas Provisionales), Resolución de 14 de junio de 1998. Serie E No. 2, págs. 281-286 y *cfr.* *Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel* (Medidas Provisionales), Resolución del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 27 de mayo de 1998. Serie E No. 2, págs. 275-279.

sición de la solicitud de adopción de Medidas Provisoriales, el Estado denunció la Convención, convirtiéndose en el primer Estado -y dichosamente único al momento de elaborar el presente trabajo- en sentar dicho precedente.

El texto de la denuncia indica lo siguiente¹⁹:

[...]

Notificación de denuncia de la Convención Americana de Derechos Humanos

En virtud de su sentencia en el caso Pratt y Morgan vs. Fiscal General de Jamaica (2 A.C.1, 1994), el Comité Judicial del Consejo Privado decidió que los estados debían atenerse a pautas estrictas en cuanto a la audiencia y determinación de apelaciones de asesinos convictos que hubieran sido condenados a muerte. En cualquier caso en que la ejecución fuese a tener lugar más de cinco años después de impuesta la condena a la pena capital, habría fundamento firme para considerar que una demora de tal magnitud constituiría un “castigo u otro trato inhumano o degradante”. Un estado que desee mantener la pena capital debe asumir la responsabilidad de asegurar que la ejecución tenga lugar con la mayor rapidez posible una vez dictada la sentencia, otorgando un plazo razonable para la apelación y la consideración del aplazamiento. Debe acelerarse el trámite de las apelaciones interpuestas contra las condenas a muerte y debe procurarse que la audiencia de tales apelaciones tenga lugar dentro de los doce meses siguientes a la condena. Debería ser posible completar todo el proceso de apelación en la órbita de la jurisdicción interna (incluida la apelación an-

¹⁹ Organización de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, en página electrónica de la OEA, *supra* nota 17.

te el Consejo Privado) dentro de un plazo de dos años, aproximadamente. Debería ser posible que los órganos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos, como la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, despacharan en un plazo de dieciocho meses, como máximo, los reclamos que se les presentara respecto de casos que conllevaran la pena de muerte.

El efecto de esta decisión del Comité Jurídico del Consejo Privado en relación con el caso Pratt y Morgan es que, sin perjuicio de que en Trinidad y Tobago la pena de muerte sea el castigo correspondiente al delito de homicidio, la demora excesiva en ejecutarla constituye un castigo cruel e inusitado y es, por ende, una contravención del Capítulo 5(2)(b) de la Constitución de Trinidad y Tobago. Por cuanto el dictamen del Tribunal representa la norma constitucional para Trinidad y Tobago, el Gobierno está obligado a asegurar que el proceso de apelación sea expedito, eliminando las demoras en el sistema a fin de que pueda aplicarse las penas capitales impuestas de acuerdo con las leyes de Trinidad y Tobago.

En estas circunstancias, y con el deseo de acatar la legislación interna que prohíbe imponer a cualquier persona penas o tratos inhumanos o degradantes y de cumplir, por consiguiente, las obligaciones que le estipula el artículo 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Fiscal General y el Ministro de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Trinidad y Tobago, se reunieron con el Secretario General Adjunto de la Organización de los Estados Americanos y con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El Fiscal General y el Ministro de Relaciones Exteriores expusieron su posición ante la

Comisión, detallando los problemas que se le plantean a Trinidad y Tobago para cumplir con los plazos fijados por el Comité Judicial del Consejo Privado para considerar las peticiones presentadas por órganos internacionales de protección de los derechos humanos en casos de imposición de la pena capital. El Fiscal General gestionó la cooperación de la Comisión en cuanto a la aplicación de los plazos pertinentes para la consideración de las peticiones planteadas a la Comisión en esos casos, a fin de que pudiera ejecutarse la sentencia de muerte, obligatoria para los homicidas convictos. La Comisión, si bien manifestó su comprensión del problema que tenía ante sí Trinidad y Tobago, señaló que tenía sus propios procedimientos establecidos para la consideración de peticiones. Por ende, en virtud de razones que el Gobierno de Trinidad y Tobago respeta, la Comisión no pudo brindar garantía alguna de que la consideración de los casos que conllevaran la aplicación de la pena capital se completaría dentro del plazo gestionado.

El Gobierno de Trinidad y Tobago no está en condiciones de conceder que la incapacidad de la Comisión para tratar en forma expedita las peticiones relacionadas con casos de imposición de la pena capital, frustre la ejecución de esta pena legal con que se castiga en Trinidad y Tobago el delito de homicidio. La constitucionalidad de las sentencias dictadas contra las personas convictas y condenadas a muerte al cabo del debido proceso judicial, se determina ante los tribunales de Trinidad y Tobago. Por ende, existen salvaguardias suficientes para la protección de los derechos humanos y fundamentales de los prisioneros condenados.

Por consiguiente, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por este medio el Gobierno de Trini-

dad y Tobago notifica al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos el retiro de su ratificación de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos.

[...]

Sin embargo, con posterioridad a la presentación de la denuncia de la Convención por parte del Estado, la adopción de Medidas Provisionales solicitada por la Comisión (*supra*) se concedió en virtud de la presencia de los elementos de extrema gravedad y urgencia, *inter alia*²⁰ y en estricto apego de la Convención Americana que establece en su artículo 78 que

1. Los Estados Partes podrán denunciar [la] Convención después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes.
2. Dicha denuncia no tendrá por efecto desligar al Estado Parte interesado de las obligaciones contenidas

²⁰ Cfr. Corte I.D.H., *Casos James, Briggs, Noel, García y Bethel* (Medidas Provisionales), *supra* nota 18. Además, cabe mencionar que mediante Resolución de 25 de mayo de 1999, la Corte requirió a Trinidad y Tobago que ampliara las Medidas Provisionales ordenadas y adoptara todas las medidas necesarias para preservar la vida de Joey Ramiah, entre otros, con el objeto de no obstaculizar el trámite de su caso ante el sistema interamericano, específicamente ante la Comisión (Cfr. Corte I.D.H., *Medidas Provisionales James y otros*. Resolución de 25 de mayo de 1999. Serie E No. 2, Resolutivo 2(b), págs. 329-339.), orden que fue reiterada por la Corte y su Presidente en posteriores Resoluciones (Cfr. Corte I.D.H., *Medidas Provisionales James y otros*. Resoluciones de 14 de junio de 1998, 29 de agosto de 1998 y 25 de mayo de 1999. Serie E No. 2, págs. 281-286, 307-321, 329-339). Sin embargo, el 4 de junio de 1999 el Estado de Trinidad y Tobago ejecutó a Joey Ramiah luego de haber sido declarado culpable de homicidio intencional y haber sido condenado a la pena de muerte en la horca a pesar de existir una medida provisional a su favor (Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párrs. 84.r y 190-200).

en [la] Convención en lo que concierne a todo hecho que, pudiendo constituir una violación de esas obligaciones, haya sido cumplido por él anteriormente a la fecha en la cual la denuncia produce efecto.

De conformidad con lo anterior, la denuncia efectuada por el Estado trinitario pasó a tener efecto un año más tarde, a partir del 26 de mayo de 1999²¹.

Por otro lado, una vez presentados los casos contenciosos de referencia e iniciado su trámite, el Estado de Trinidad y Tobago cuestionó la competencia de la Corte para conocer los hechos del caso mediante la interposición de una excepción preliminar en cada uno de los casos que se tramitaban separadamente en ese momento. En el *Caso Hilaire*, el Estado alegó la inadmisibilidad de la demanda y la incompetencia de la Corte para conocer del caso²², en el *Caso Constantine y otros* Trinidad y Tobago recurrió al alegato de la extemporaneidad de la “aceptación de la competencia” de la Corte y por lo tanto, a la incompetencia de la Corte²³, y finalmente, en el *Caso Benjamin y otros*, el Estado se refirió a la extemporaneidad de la presentación de la demanda y de la “aceptación de la competencia” de la Corte así como a la incompetencia del Tribunal²⁴. Los argumentos estatales se basaron fundamentalmente en las reservas hechas por el Estado al momento de adherir la Convención Americana y aceptar la competencia contenciosa de la Corte (*supra* nota 17).

²¹ Cfr. Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párrs. 12 y 13.

²² Corte I.D.H., *Caso Hilaire*, *supra* nota 7, párrs. 29-33.

²³ Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros*, *supra* nota 8, párrs. 31-33.

²⁴ Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros*, *supra* nota 9, párrs. 23-27.

En sus sentencias de excepciones preliminares de 1
de septiembre de 2001, la Corte consideró que:

[...] Trinidad y Tobago no puede prevalecerse de las limitaciones formuladas en su instrumento de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en virtud de lo establecido en el artículo 62 de la Convención Americana, por cuanto dicha limitación es incompatible con el objeto y fin de la Convención²⁵.

Y decidió por unanimidad:

1. Desestimar en su totalidad la[s] excepci[ones] preliminar[es] interpuesta[s] por el Estado.
2. Continuar con el conocimiento y la tramitación [de los] caso[s].

[...]

A pesar de lo anterior, el Estado de Trinidad y Tobago desconoció la competencia del Tribunal para continuar la tramitación del mismo y no participó en las subsiguientes etapas procesales del caso. En razón de esto, la Corte reiteró en su sentencia sobre el fondo lo ya establecido en la correspondiente etapa de excepciones preliminares al recalcar que

[...] no comparte la razón alegada por el Estado para no comparecer ante este Tribunal y no realizar actos procesales [...]; como bien se ha establecido en este caso, es la Corte, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, quien tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competen-

²⁵ Corte I.D.H., *Caso Hilaire*, *supra* nota 7, párr. 98; Corte I.D.H., *Caso Constantine y otros*, *supra* nota 8, párr. 89 y Corte I.D.H., *Caso Benjamin y otros*, *supra* nota 9, párr. 89.

cia (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*)²⁶.

Asimismo, posteriormente en su sentencia de fondo la Corte declaró que “[l]a Corte tiene la competencia, que le es inherente y que atiende a un imperativo de seguridad jurídica, de determinar el alcance de su propia jurisdicción”²⁷.

De esta forma, la Corte estableció que

[e]n razón de que ya fueron resueltos definitivamente por la Corte, en el momento procesal oportuno [...] los alegatos presentados por Trinidad y Tobago en los Casos *Hilaire, Constantine y otros* y *Benjamin y otros* en cuanto a la competencia de ese Tribunal para conocer de cada uno de dichos casos, y de que los hechos objeto de las demandas que componen este caso son anteriores a la fecha en que la denuncia del Estado pasó a generar efectos [...], y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en los párrafos anteriores, la Corte reafirma que es plenamente competente, en los términos de los artículos 62.3 y 78.2 de la Convención, para conocer el presente Caso y dictar sentencia²⁸.

La pena de muerte como castigo

La pena de muerte como castigo frente a la comisión de un acto considerado crimen o delito ha estado ligada con la existencia misma del hombre desde tiempos inmemoriales y lamentablemente, a nuestro criterio, ha

²⁶ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, párr. 17.

²⁷ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, párr. 19.

²⁸ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, párr. 20.

trascendido el tiempo y las circunstancias que originaron su aplicación, como medio punitivo, hasta nuestros días. No es nuestro objetivo ahondar en este tema, puesto que existe muchísima y muy variada doctrina al respecto, sin embargo, no queremos dejar pasar esta oportunidad para referirnos someramente a algunas cuestiones que nos inquietan.

La popularidad de la aplicación de la pena de muerte como castigo ha variado según las circunstancias particulares de cada país y de cada caso en concreto. Sin embargo, podría asegurarse que su abolición o retención por parte de los Estados es fundamentalmente una cuestión política y por ello, su suerte depende en mucho de la opinión pública. Así, en muchos de estos países, la delincuencia ha llevado a la ciudadanía a pensar que la justicia es ineficaz para con aquéllos que violentan la paz social, aquéllos que cometen crímenes contra la ciudadanía y el sistema penitenciario supuestamente no puede corregir. Con esto se ha olvidado que la finalidad del proceso penal es excluir un individuo considerado “peligroso” de la sociedad, para así reeducarlo, readaptarlo, reformarlo. En este sentido la misma Convención Americana establece en su artículo 5.6 (Derecho a la Integridad Personal) que “[l]as penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Sin embargo, la pena de muerte va mucho más allá de eso y el castigo no consiste en privar de libertad sino excluir al individuo del sistema mediante la forma más radical de expulsión, la muerte.

En nuestro criterio, con ello se sacrifica el objeto del sistema penal a cambio de la certidumbre de la sanción,

independientemente de la intensidad de la pena que sea aplicable al caso concreto. Esto, es incompatible con el derecho internacional de los derechos humanos y consiste un regresar a la draconiana ley del ojo por ojo. La venganza, como compensación simbólica de los daños que pudo haber ocasionado el justiciable, no puede ser el objeto de la pena, porque ésta se debería fundamentar en la justicia y con ella, en la minimización del sufrimiento, y no lo contrario.

Al respecto, como bien señaló el Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio A. Cançado Trindade, en su Voto Concurrente que acompañó la sentencia del *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*,

[...] el orden legal que aplica la pena de muerte acude él mismo a la extrema violencia que pretende combatir; mediante la aplicación de la milenaria ley de Talión, el propio poder público acude a la violencia, disponiendo -bajo una visión jurídicamente totalitaria de la vida de una persona, del mismo modo que ésta privó a otra de su vida,- y todo esto a pesar de la evolución histórica, igualmente milenar, de la justicia para su superar la venganza (pública y privada)²⁹.

Una persona muerta no será compensada por más muertes y la experiencia a través de los años nos indica que la idea de la intensidad de la pena aplicable no representa necesariamente un freno para la criminalidad. Más aún, la pena de muerte de aplicación obligatoria (*mandatory death penalty*) no solamente implica la pena más severa sino que también existe con ella la certi-

²⁹ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, Voto Concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 4.

dumbre de la aplicación de esta pena para ciertos crímenes. Combina la sanción suficientemente fuerte para supuestamente desestimular un comportamiento determinado así como la certeza de que dicha sanción será aplicada³⁰.

En los países en donde la pena de muerte obligatoria es aplicada, la discusión no es la proporcionalidad de la pena al delito sino solamente la definición del crimen y de esta forma la pena se impone sin proporcionalidad ni individualización a las circunstancias particulares del caso concreto. Entonces, la existencia de la pena de muerte depende de la ponderación de varios elementos, entre ellos, el derecho a la vida y la readaptación del condenado, a la luz del tema de la eficacia de la pena capital como sanción. Por lo tanto, nos preguntamos ¿será necesario regresar a la ley del talión? ¿Será efectiva la aplicación de la pena de muerte como método coercitivo ante los índices de criminalidad? Seguramente la respuesta será negativa y así parece inclinarse la balanza al observar que dichosamente a pesar de sus

³⁰ Al respecto, ver Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, Voto Concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 5, en el que estableció que:

La justicia que manda matar se muestra segura de que hay personas que ultrapasaron los límites de la redención, y que el medio social respectivo ha alcanzado un grado de perfección que requiere la eliminación de dichas personas, - lo que me parece indemonstrable. En efecto, un orden legal que manda matar, acudiendo a los mismos métodos de la eliminación total que condena en los actos de los homicidas, carece de credibilidad. El hecho de que tales métodos, cuando utilizados por el poder público, están convalidados por el derecho positivo, a mi juicio en nada los justifica; el positivismo ha sido siempre el siervo subserviente del poder establecido, independientemente de la orientación de este último. No hay que perder de vista que, subyacente a las normas legales, encuéntrase todo un sistema de valores, que ningún verdadero jurista puede ignorar.

altibajos en los “índices de popularidad” de la aplicación de la pena de muerte, es posible afirmar que existe una tendencia hacia su abolición total. Así, en 1985 de todos los países del mundo apenas una veintena había abolido totalmente la pena capital para cualquier tipo de crimen o delito, sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra y, en la actualidad, más de la mitad de los países del mundo han abolido dicha pena ya sea en su legislación o en la práctica³¹.

De esta forma, han abolido totalmente la pena de muerte³²: Alemania, Andorra, Angola, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bulgaria, Cabo Verde, Camboya, Canadá, Colombia, Costa Rica, Côte d’Ivoire, Croacia, Dinamarca, Djibouti, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Guinea Bissau, Haití, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Kiribati, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia, Malta, Marshall, Mauricio, Micronesia, Moldova, Mónaco, Mozambique, Namibia, Nepal, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Palau, Panamá, Paraguay, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumania, Salomón, San Marino, São Tomé e Príncipe, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Timor Oriental, Turkmenistán, Tuvalu, Ucrania, Uruguay, Vanuatu, Vaticano y Venezuela.

³¹ Ver: Amnistía Internacional, *Abolitionist and Retentionist Countries*, en página electrónica de Amnistía Internacional, (29/08/02): <http://web.amnesty.org/rmp/dplibrary.nsf>.

³² Al referirnos a la abolición total de la pena de muerte queremos decir que ésta no se encuentra establecida bajo la legislación del país. Ver: Amnistía Internacional, *Abolitionist and Retentionist Countries*, en página electrónica de Amnistía Internacional, *supra* nota 31 y pena de muerte, en página electrónica de ya.com, (20/09/02): <http://www.ya.com/penademuerte/listapaises.htm>.

Asimismo, existe otra categoría de países que han abolido la pena de muerte para crímenes “ordinarios”, estos son aquéllos en que sus leyes provean la aplicación de la pena de muerte solamente para crímenes excepcionales y corresponden a dicha categoría los siguientes países: Albania, Argentina, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Chile, Chipre, El Salvador, Fiji, Grecia, Islas Cook, Israel, Latvia, México y Perú³³.

Existen también los países que son abolicionistas en la práctica, o abolicionistas de hecho, los cuales retienen la pena de muerte para crímenes “ordinarios” pero que se pueden considerar abolicionistas en el sentido de que no han ejecutado la pena de muerte durante los últimos diez años o se han comprometido internacionalmente a no aplicarla. En esta categoría se encuentran países como Bhután, Brunei Darussalam, Burkina Faso, Congo (República del), Gambia, Grenada, Madagascar, Maldivas, Malí, Naurú, Níger, Papúa-Nueva Guinea, República Centroafricana, Rusia, Samoa, Senegal, Sri Lanka, Surinam, Togo, Tonga, Turquía y Yugoslavia³⁴.

En razón de lo anterior y con la esperanza de que esta tendencia abolicionista se mantenga hasta la eliminación total de la existencia y aplicación de la pena de muerte a un criterio utilizado básicamente en los libros de historia, es que concluimos este segmento citando al Presidente de la Corte, Juez Antônio A. Cançado Trindade quien indicó:

³³ Ver: Amnistía Internacional, *Abolitionist and Retentionist Countries*, en página electrónica de Amnistía Internacional, *supra* nota 31 y pena de muerte, en página electrónica de ya.com, *supra* nota 32.

³⁴ Ver: Amnistía Internacional, *Abolitionist and Retentionist Countries*, en página electrónica de Amnistía Internacional, *supra* nota 31 .

Más importante que su carácter radical, -como ya lo señalaba Beccaria,- es la certeza o inevitabilidad de la pena, para prevenir el delito y evitar la impunidad, sin necesariamente acudir a métodos crueles o inhumanos (por razones de carácter humanitario, la “moderación de las penas”, así como jurídico, los límites del “contrato social”). En efecto, la teoría retributiva parece presuponer, equivocadamente, que la única equivalencia posible de matar sea también matar, olvidándose de que el Estado tiene la posibilidad de aplicar penas alternativas; es innegable que la “violencia genera violencia en una cadena sin fin”, y, también en materia penal, hay que buscar “la interrupción de esta cadena”. En la lúcida reflexión de Karl Jaspers, la moderación, de modo general, “crea un espacio de reflexión, de examen, de esclarecimiento y mediante ello también una conciencia más clara del significado permanente de la violencia como tal”³⁵.

La sentencia

Con el análisis del *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se enfrentó al tema de la “pena de muerte obligatoria” y por lo tanto, a la diferenciación entre el tema de la pena de muerte como castigo y el tema de la obligatoriedad de su aplicación. En este sentido, la sentencia del caso de referencia empezó estableciendo, por primera vez en un caso concreto, el criterio general del Tribunal al indicar que

³⁵ Al respecto, ver *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, Voto Concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, párr. 20, en donde citó: C. Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, Madrid, Alianza Ed., 2000 (reed.), capítulo 28, p. 83; R. Toscano, “The United Nations and the Abolition of the Death Penalty”, in *The Death Penalty - Abolition in Europe*, Strasbourg, Council of Europe, 1999, pp. 95-99; N. Bobbio, *El Tiempo de los Derechos*, Madrid, Ed. Sistema, 1991, pp. 222, 230-231, 234 y 241. y K. Jaspers, *El Problema de la Culpa*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998 (reed.), p. 77.

[a]ún cuando la Convención no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, la Corte ha afirmado que las normas convencionales sobre ésta deben interpretarse en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”³⁶.

El párrafo anterior es de suma importancia en razón de que el Tribunal no dejó de sentar el precedente en un caso contencioso al establecer que, en su interpretación, el propósito general del sistema interamericano en cuanto a este tema en particular es la limitación de la aplicación de la pena de muerte en sí, para que así se alcance su supresión final.

La Corte Interamericana agregó que ya había establecido que

[q]uedan [...] definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital³⁷.

³⁶ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 99, en donde cita: Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3, párr. 57.

³⁷ Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83, *supra* nota 36, párr. 55, allí estableció que en este mismo sentido, el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas ha manifestado que del artículo 6 (incisos del 2 al 6) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se

Estos tres grupos de limitaciones que había nombrado la Corte en su Opinión Consultiva 3 (*Restricciones a la pena de muerte*) -en la que participó el Dr. Rodolfo E. Piza Escalante- parecían llevar consigo la respuesta del porqué la pena de muerte de aplicación obligatoria contraviene la Convención Americana, especialmente en cuanto a la proporcionalidad de la pena y la individualización de la misma. La especificación de los “más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos” y la referencia a “consideraciones propias de la persona del reo” eran elementos que no se encontraban en la legislación trinitense que ordenaba la aplicación automática de la pena y por ello, según lo que ya había opinado la Corte en consulta podrían ser elementos que excluyeran “la imposición o aplicación de la pena capital”.

Así, teniendo como probado que todas las personas del caso fueron juzgadas, declaradas culpables de homicidio intencional y condenadas a morir de acuerdo con la *Ley de Delitos contra la Persona* de Trinidad y Tobago, la cual prescribe la pena de muerte como única condena aplicable al delito de homicidio intencional³⁸, la

desprende que los Estados partes están obligados a limitar el uso de la pena de muerte y, particularmente, a abolirla para los crímenes que no sean los más serios, a efectos de lo cual estos deben considerar la posibilidad de revisar sus leyes penales. *Cfr.* Comité de Derechos Humanos, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 6, en *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev.1 at 6 (1994).

³⁸ La Sección 3 de la *Ley de Delitos contra la Persona* adopta de la legislación inglesa la definición de homicidio intencional, la cual a su vez establece que un acusado debe ser condenado por homicidio intencional si se determina que dio muerte ilegítimamente a otra persona con intención de matarla o causarle grave lesión corporal. *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 84 y *cfr.* *Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago* (3 de abril de 1925). Legislación de Trinidad y Tobago.

Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció diversas cuestiones primordiales sin dejar de hacer referencia al tema de la situación de los países con altos índices de criminalidad y sin que irónicamente el análisis de la pena de muerte a la luz del derecho internacional de los derechos humanos tuviera una tendencia frívola e inhumana para con los familiares de las personas que habían sido víctimas de dicha criminalidad. En su sentencia, el Tribunal indicó que

tiene presente el sufrimiento causado por los homicidas a las víctimas directas o a sus familiares en los casos de homicidio intencional, y recuerda el deber que tienen los Estados de proteger a las víctimas potenciales de ese género de delitos, sancionar a los responsables y mantener, en general, el orden público, que puede verse afectado por la multiplicación de esos crímenes. De igual modo, la Corte señala que la lucha de los Estados contra el delito debe desarrollarse con pleno respeto a los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, y de conformidad con los tratados aplicables³⁹.

Sobre la misma línea de pensamiento, la Corte Interamericana reconoció la necesidad y obligación estatal de regular en su jurisdicción interna los actos delictivos, sin embargo, esto no significa que pueda obviarse que la legislación penal de los países debe establecer “diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos” para que de esta forma se establezca “una graduación en la

³⁹ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, supra nota 3, párr. 101; *cfr.* Corte I.D.H., *Caso Bámaca Velásquez*. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70, párr. 174 y *cfr.* Corte I.D.H., *Caso Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68, párr. 69.

gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable”⁴⁰.

Establecido lo anterior, la Corte Interamericana analizó a fondo el caso concreto y dio por probado que la mencionada *Ley de Delitos contra la Persona* de Trinidad y Tobago (que data de 1925),

ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que éste puede presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí, lo que, a la luz del artículo 4 de la Convención Americana, es sumamente grave cuando se encuentra en riesgo el bien jurídico mayor, que es la vida humana, y constituye una arbitrariedad en los términos del artículo 4.1 de la Convención⁴¹.

En razón de lo anterior, el Tribunal encontró que la Ley aplicable en Trinidad y Tobago constituía por sí misma una violación de la Convención Americana por cuanto de conformidad con el artículo 4.1 de la Con-

⁴⁰ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 102.

⁴¹ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 103, donde citó: *Lubuto v. Zambia*, Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (No. 390/1990) U.N. Doc. CCPR/C/55/D/390/1990/Rev. 1 (Oct. 1995), párr. 7.2; *Ndiaye Report*, 1994/82, párr. 377, U.N. Doc. E/CN.4/1995/61 (14 de diciembre de 1994); *Bachan Singh v. State of Punjab* (1980) 2 S.C.C. 475, 534 y *The State v. Makwanyane and McHunu*. Sentencia, Caso No. CCT/3/94 (6 de junio de 1995).

vención Americana (*supra* nota 4) era una ley arbitraria y se utilizaba para “castigar delitos que no presentan las características de máxima gravedad” lo que también contraviene las previsiones del artículo 4.2 del mismo cuerpo normativo⁴².

De lo expuesto, la Corte concluyó que:

en tanto el efecto de la llamada *Ley de Delitos contra la Persona* consiste en someter a quien sea acusado de homicidio intencional a un proceso judicial en el que no se consideran las circunstancias particulares del acusado ni las específicas del delito, la mencionada Ley viola la prohibición de privación arbitraria de la vida, en contravención del artículo 4.1 y 4.2 de la Convención⁴³.

y declaró que Trinidad y Tobago había violado el artículo 4.1 y 4.2 de la Convención en conjunción con el artículo 1.1 de ésta, en perjuicio de las 32 víctimas que componían el caso consolidado.

Asimismo, en cuanto al artículo 2 de la Convención Americana, el Tribunal consideró que

[s]i los Estados tienen, de acuerdo con el artículo 2 de la Convención Americana, la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas que fueren necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, con mayor razón están en la obligación de no expedir leyes que desconozcan esos derechos u obstaculicen su ejercicio, y la de suprimir o modificar las que tengan estos últimos alcances. De

⁴² Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 106.

⁴³ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 108.

lo contrario, incurren en violación del artículo 2 de la Convención⁴⁴.

Con una visión progresiva, la Corte dio un paso más allá de lo solicitado por la Comisión en su demanda y estableció, de conformidad con el principio *iura novit curia*, como ya lo había hecho en otros casos⁴⁵, que la sola existencia de una ley que ordena la aplicación automática de la pena de muerte es *per se* violatoria de la Convención Americana y declaró que “aun cuando no se ha ejecutado a 31 de las presuntas víctimas en este caso, es posible declarar una violación del artículo 2 de la Convención” por esa razón⁴⁶.

El Tribunal también analizó muchos otros temas que estaban presentes en el caso que estudiamos como Derecho al Plazo Razonable, Garantías Judiciales y Protección Judicial; las Condiciones de Detención; el tema de la Amnistía, Indulto o Conmutación de la Pena y a su vez hizo referencia al Incumplimiento de las Medidas Provisionales ordenadas por la Corte respecto de Joey Ramiah. Sin embargo, nos parece de particular importancia hacer notar que a pesar de que el tema de la pena de muerte obligatoria había sido analizado ya por otras jurisdicciones, esta era la primera vez que se declaraba que la *Ley de Delitos contra la Persona* de Trinidad y Tobago era violatoria *per se* de normas internacionales y además se encontraba una violación del de-

⁴⁴ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 113.

⁴⁵ *Cfr.* Corte I.D.H., *Caso Barrios Altos*. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75, párr. 42 y *cfr.* Corte I.D.H., *Caso Suárez Rosero*. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 98.

⁴⁶ Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 116.

recho a la vida en perjuicio de personas que aún se encuentran con vida. Los tribunales que se habían referido al tema de la pena de muerte obligatoria con anterioridad se referían fundamentalmente a una contravención de normas relacionadas con las condiciones de detención (trato cruel inhumano o degradante)⁴⁷ y las garantías del debido proceso⁴⁸.

⁴⁷ En cuanto a Condiciones de Detención, cabe mencionar que la Corte estableció lo siguiente:

168. En el presente Caso, todos los detenidos se encuentran bajo una constante amenaza de que en cualquier momento pueden ser llevados a la horca como consecuencia de una legislación y proceso judicial contrarios a la Convención Americana. Según el informe presentado por la perito Gaietry Pargass, el procedimiento previo a la muerte en la horca de los sentenciados por el delito de homicidio intencional aterroriza a los prisioneros y los deprime, varios no pueden dormir debido a que sufren pesadillas y menos aún comer [...]

169. La Corte, luego de apreciar la prueba pericial aportada al respecto [...] considera que las condiciones de detención en que han vivido y viven las víctimas de este caso [...] constituyen tratos crueles, inhumanos o degradantes ya que éstas se encuentran viviendo en situaciones que afectan su integridad física y psíquica.

(Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párrs. 168 y 169).

En ese sentido, la Corte resolvió en los Puntos Resolutivos de la sentencia en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros* por unanimidad,

14. que el Estado debe modificar las condiciones de su sistema carcelario para adecuarlas a las normas internacionales de protección de los derechos humanos aplicables a la materia, en los términos expuestos en el párrafo 217 de la presente Sentencia;

⁴⁸ En relación con el tema de Derecho al Plazo Razonable, Garantías Judiciales y Protección Judicial, la Corte estableció lo siguiente:

a. El derecho interno de Trinidad y Tobago no establece el derecho a un juicio pronto o dentro de un plazo razonable y, por lo tanto, no se ajusta a lo establecido en la Convención. En virtud de la información disponible en el presente Caso, que se concreta en la información presentada en los hechos expuestos [...], y de acuerdo con el citado principio *iura novit curia*, la Corte concluye que el Estado de Trinidad y Tobago violó el derecho a ser

Asimismo, suponemos que en virtud de que los alegatos sobre las eventuales reparaciones en el caso que analizamos en esta ocasión eran alegatos de mero derecho, y en virtud de los años que habían transcurrido en espera de una decisión al respecto, la Corte Interamericana decidió las reparaciones del caso conjuntamente con el fondo.

Así, el Tribunal estableció en los Puntos Resolutivos de la sentencia que decidió por unanimidad en cuanto a las reparaciones:

juzgado dentro de un plazo razonable y con ello, las disposiciones contenidas en los artículos 7.5 y 8.1 en conjunción con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana en perjuicio de [30 de las víctimas del caso]

b. Igualmente, este Tribunal estima que existen pruebas suficientes para concluir que, en la práctica, no se encuentra a la disposición de los inculpados de homicidio intencional, la asistencia legal adecuada para que presenten acciones constitucionales de manera efectiva. Si bien de manera formal, se halla consagrado en el ordenamiento jurídico del Estado, el derecho a intentar una acción constitucional, en el caso de [once de las víctimas del caso] se impidió el empleo de este recurso en cuanto el Estado no proporcionó a los inculpados asistencia jurídica a fin de que pudieran ejercitarlo efectivamente, y de esta forma constituyó un recurso ilusorio para aquéllos. Con ello resultaron violados los artículos 8 y 25 de la Convención en relación con el artículo 1.1 de ésta.

c. La Corte llama la atención sobre el hecho de que la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La *Ley de Delitos contra la Persona* es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales.

(Corte I.D.H., *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros*, *supra* nota 3, párr. 152).

8. que el Estado debe abstenerse de aplicar la *Ley de Delitos contra la Persona* de 1925 y, dentro de un plazo razonable, debe modificarla adecuándola a las normas internacionales de protección de los derechos humanos, en los términos expuestos en [la] Sentencia;

[...]

9. que el Estado debe tramitar de nuevo, aplicando la legislación penal que resulte de las reformas a la *Ley de Delitos contra la Persona* de 1925 en los términos expuestos en [la] Sentencia, los procedimientos penales correspondientes a los delitos que se imputan a [31 de las víctimas del caso];

[...]

10. que el Estado debe plantear ante la autoridad competente, a través del Comité Asesor sobre la Facultad del Indulto, en los términos expuestos en [la] Sentencia, la revisión de los casos de [31 de las víctimas del caso];

[y]

11. en equidad, que el Estado debe abstenerse de ejecutar, en cualquier caso, y cualesquiera que sean los resultados de los nuevos juicios, según los términos expuestos en [la] Sentencia, a [31 de las víctimas del caso].

Indudablemente, con esta sentencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos que emitió -aparte de sus opiniones consultivas- sus primeras tres sentencias en 1987⁴⁹, ha dado un gran paso hacia futuro, todo es-

⁴⁹ Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1; Corte I.D.H., *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 2, y Corte I.D.H., *Caso Godínez Cruz. Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 3.

to gracias a la gran labor de quienes se encargaron de empezar funciones a raíz de un sueño, y sentaron las bases para lo que sería este caso como el Dr. Piza Escalante, quien en su Opinión Separada que acompañó la Opinión Consultiva OC 3/83 categóricamente estableció en cuanto al derecho a la vida y la pena de muerte lo siguiente:

OPINO:

Primero:

Que el artículo 4.2 de la Convención proscribe de modo absoluto la aplicación de la pena de muerte a toda clase de delitos para los que no estuviere previamente prevista por la legislación del Estado en cuestión.

Segundo:

Que el artículo 4.4 de la Convención, proscribe la aplicación de la pena de muerte a los delitos políticos y a los comunes conexos con los políticos, aun si ya la tuvieran prevista con anterioridad⁵⁰.

Don Rodolfo, los que en la actualidad tratamos de andar por los caminos que usted descubrió, lo extrañamos con cariño.

⁵⁰ Corte I.D.H., *Restricciones a la pena de muerte* (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83, *supra* nota 36, Opinión Separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante

Reflexiones sobre la doctrina de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus votos particulares

*Mauricio I. Del Toro Huerta**

Sumario: A manera de introducción; La importancia de los votos particulares en la sentencia internacional; El valor pragmático de los votos particulares; Las opiniones de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; La voz del juez Rodolfo Piza Escalante. In memoriam; Un concierto de voces para la libertad: otros desarrollos posteriores; Un desarrollo jurisprudencial paralelo; Comentario final.

A manera de introducción

En primer lugar, quiero dejar expresada mi enorme satisfacción y el alto honor que para mi representa el participar en esta obra en homenaje a un eminente jurista como lo fue el Dr. Rodolfo Piza Escalante. Con esa intención he considerado oportuno recordar a quien fue-

* Profesor de Derecho Internacional Público en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. El autor quiere agradecer al doctor Sergio García Ramírez por su especial motivación a escribir este texto.

ra, entre otros muchos altos cargos, juez y primer presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de algunas de las reflexiones expresadas en sus votos particulares emitidos durante los primeros años de vida de ese alto tribunal interamericano; reflexiones que de alguna manera contribuyeron al desarrollo progresivo del Derecho internacional de los derechos humanos. Con ello quiero destacar la importancia que los votos y opiniones particulares de los jueces tienen para la comprensión, estudio y desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos. Espero, así, contribuir a la difusión del pensamiento que, desde diferentes puntos de vista, ha revolucionado al sistema jurídico internacional con el único objetivo de salvaguardar de manera efectiva los derechos y libertades fundamentales.

La importancia de los votos particulares en la sentencia internacional

Como en todos los órganos colegiados, en particular, en los tribunales internacionales, si el fallo no expresa en todo o en parte la opinión unánime de los jueces, éstos tienen la facultad de añadir opiniones individuales o disidentes¹. Generalmente, los jueces hacen uso pro-

¹ La expresión *opinión individual*, “designa no sólo el simple enunciado del desacuerdo de un miembro de [un órgano jurisdiccional internacional] sobre los motivos dados por éste en una decisión de la cual se acepta la parte dispositiva, sino también la exposición oficialmente presentada por los jueces de manera individual o conjunta sobre los motivos o razonamientos en los cuales considera que debe fundamentarse la decisión mencionada.” Por otra parte, la *opinión disidente* emitida por un juez “es su exposición oficialmente presentada de los motivos por los cuales considera no poder estar de acuerdo con el punto de vista de la mayoría del tribunal que dictó la sentencia”. Cfr. Gómez-Robledo Verduzco, Alonso, “Opinión disidente” y “Opinión individual”, en *Diccionario de Derecho*

lijo de esta facultad y es común que tanto las sentencias como las opiniones consultivas expresen puntos de vista particulares, sea de manera concurrente o disidente, respecto de la decisión de la mayoría². Este hecho generalizado que quizá pudiera parecer de poca o escasa relevancia (pues en definitiva es la resolución de que se trate la que tiene efectos vinculantes, si hablamos de una sentencia dictada en ejercicio de la competencia contenciosa, o efectos jurídicos innegables altamente persuasivos si nos referimos a una opinión consultiva) reviste singular importancia en el desarrollo progresivo del Derecho internacional, en general y en el Derecho internacional de los derechos humanos, en particular, pues tales opiniones, representan, entre otras cosas, análisis de cuestiones fundamentales para la aplicación e interpretación del Derecho internacional; preocupaciones legítimas de *lege ferenda* o críticas, directas o veladas, sobre el sentido de la resolución que permiten al lector identificar de manera inmediata aspectos que de otra forma requerirían de largas horas de estudio y reflexión³.

Internacional, Porrúa-UNAM, México, 2001, p. 251-252. Esta facultad de emitir opiniones particulares está establecida en los artículos 57 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; 45.2. del Protocolo XI a la Convención Europea de Derechos Humanos y 66.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

² Un ejemplo de esta situación es la opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre la *Legalidad de la amenaza o del uso de armas nucleares* de 8 de Julio de 1996, en la que los catorce jueces que participaron emitieron opiniones particulares y en conjunto, tanto concurrentes como disidentes.

³ En palabras de Alonso Gómez-Robledo Verduzco “una comprensión íntegra de las implicaciones reales de cualquier fallo dictado por la Corte Internacional de Justicia –nosotros agregaríamos de cualquier tribunal internacional– no se alcanza únicamente con el estudio de la sentencia y sus alegatos, sino que también es imprescindible el análisis de las opiniones individuales y/o disidentes que en su caso se hubieren emitido.” “Opinión disidente”, en *Diccionario de Derecho Internacional*, Op. cit., p. 251.

Si bien existen muchas razones por las cuales los jueces ejercen dicha facultad, ya sea que deseen ahondar o abundar sobre aspectos que consideran no fueron suficientemente tratados en la resolución o para marcar distancia respecto del sentido de la mayoría, lo cierto es que tales opiniones responden a una necesidad personal y espontánea de su autor por hacer énfasis en la aplicación o interpretación de determinada normativa internacional y, en este sentido, tales opiniones se asemejan a lo que se conoce como *doctrina*, pues procuran explicar el sentido de cierta norma ya existente (*de jure conditio o de lege lata*) o se proponen desarrollar tales normas o inducir la creación de otras nuevas (*de jure condendo o de lege ferenda*)⁴ lo que nos lleva a recordar, aunque sea brevemente, el papel de la doctrina en la práctica del Derecho internacional.

El valor pragmático de los votos particulares

Como es ampliamente conocido en el ámbito del Derecho internacional, la doctrina juega un papel significativo en su desarrollo y codificación. Si bien es cierto que su papel ha variado a lo largo del tiempo y en la actualidad su influencia en la aplicación e interpretación de la normativa internacional es mucho menor que en el pasado, es también innegable que la doctrina sigue siendo, en particular las opiniones doctrinales “colectivas”⁵, un factor importante para comprender el estado

⁴ Cfr. Novak Talavera, Fabián y García-Corrochano Moyano, Luis, *Derecho Internacional Público*, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú-Instituto de Estudios Internacionales, Perú, 2001, p. 439.

⁵ Cabe recordar que la doctrina comprende tanto obras individuales como los trabajos colectivos de instituciones científicas internacionales. Generalmente se citan entre las instituciones más representativas de la doctrina dominante: el Instituto de Derecho

actual de la materia, así como su desarrollo progresivo⁶.

En el ámbito de las fuentes del Derecho internacional, tal como lo establece el artículo 38, párrafo 1, inciso d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, se reconoce a las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho. Si bien no puede considerarse a la doctrina entre las fuentes creadoras del Derecho internacional –como ya lo señalaba Charles Rousseau– no debe olvidarse que favorece la elaboración del derecho positivo y ayuda a su concreción, por medio de un trabajo de análisis, de clarificación y de sistematización previa;⁷ en palabras de Fernando Mariño, “la doctrina elabora los marcos conceptuales necesarios para la argumentación jurídica, bien dentro del positivismo tradicional, bien abriendo nuevos campos de análisis”⁸.

Internacional, el International Law Association, el World Peace Through Law Centre, la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional, entre otros. Así también deben considerarse los trabajos e informes de los relatores especiales y de la Comisión de Derecho Internacional.

⁶ En el pasado, la influencia de la doctrina en la aplicación e interpretación del Derecho internacional público era muy poderosa, en particular respecto de la existencia o no de una costumbre internacional. Piénsese en las obras de destacados internacionalistas, tales como: Vitoria, Suárez, Gentili, Grocio, Vattel, Calvo, Rousseau, Guggenheim, Verdross. Fue tal la importancia de la doctrina que, en su tiempo, influyó para su incorporación como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho al Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional y posteriormente en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Cfr. Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Derecho Internacional Público*, p. 568 y ss; Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Fifth Edition, Oxford University Press, 1999, p. 24-25; Sepúlveda, César, *Derecho Internacional*, 20ª edición, Porrúa, México, 2000, p. 106 y ss.

⁷ Rousseau, Charles, *Derecho Internacional Público*, Tercera edición, Ariel, Barcelona, 1966, p. 76.

⁸ Mariño Menéndez, Fernando, *Derecho Internacional Público (Parte general)*, Tercera edición, Editorial Trotta, España, 1999, p. 380.

En este sentido, normalmente se identifica a las opiniones particulares de los jueces internacionales dentro del ámbito de la doctrinal, aunque hay quienes, como Michel Virally, consideran que las opiniones particulares y los votos disidentes de éstos revisten gran importancia y merecen particular atención, no sólo a causa de la reputación y de los cargos de sus autores, sino también en virtud de las condiciones en que se producen sus opiniones. Por lo que –en opinión del jurista francés– podría decirse que a dichas opiniones corresponde una jerarquía intermedia entre las enseñanzas de los publicistas y las decisiones judiciales⁹.

Las opiniones particulares de los jueces también juegan un papel importante en la determinación del valor pragmático de la doctrina¹⁰, si se considera que en las sentencias de los tribunales internacionales son escasas las referencias expresas a los juristas, pues al ser colectivas se evita hacer mención de citas doctrinales por lo que generalmente se encuentran expresiones genéricas a “las enseñanzas” u “opiniones” de la doctrina; sin embargo, en los votos particulares, sean disidentes o concurrentes con el sentido de la sentencia definitiva, es común encontrar referencias a los trabajos de los juristas, tanto individuales como colectivos¹¹. De esta for-

⁹ Virally, Michel, “Fuentes del Derecho Internacional”, en Sorensen, Max (ed.), *Manual de Derecho Internacional Público*, Quinta reimpresión, FCE, México, 1994, p. 181.

¹⁰ Sobre el valor de las opiniones particulares, Gómez-Robledo señala que “dependiendo del prestigio o solidez del razonamiento de su autor, estas opiniones pueden convertirse con el tiempo en criterios doctrinales de máxima autoridad, y poseen incluso gran importancia para el desarrollo del Derecho internacional público.” Cfr. “Opinión disidente”, en *Diccionario de Derecho Internacional*, *Op. cit.*, p. 251.

¹¹ Cfr. Brownlie, *Op. cit.*, p. 25, Novak y García-Corrochano, *Op. cit.*, p. 443, y López-Bassols, Hermilo, *Derecho Internacional Público Contemporáneo e Instrumentos Básicos*, Porrúa, México, 2001, p. 52.

ma, tales opiniones nos muestran la importancia que tiene la doctrina en determinados ámbitos de la práctica judicial, sin ignorar, por supuesto, que desde un punto de vista técnico, en palabras de Charles Rousseau “no cabe pensar en incorporar la *doctrina* entre las fuentes creadoras del derecho internacional, puesto que la tarea de elaboración doctrinal es, en realidad y exclusivamente, una tarea crítica”¹². Lo que no resta importancia al hecho de que los estudios cumplan una función creativa.

Las opiniones de los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En el marco de la jurisdicción interamericana de derechos humanos, al mes de junio del año 2002, en un total de 94 resoluciones dictadas, tanto de excepciones preliminares, como de fondo, de interpretación y reparación, se han emitido alrededor de 105 votos particulares de entre los cuales siete se han hecho de manera conjunta y alrededor de quince corresponden a jueces *ad hoc*. Asimismo, en sus 16 opiniones consultivas emitidas hasta la fecha señalada, se han pronunciado igual número de votos particulares y uno conjunto, que aunado al expresado en el denominado “*Asunto de Viviana Gallardo y otras*” suman un total de 18 votos. A todos ellos deben agregarse los expresados en las resoluciones correspondientes a medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana. Esta simple revisión panorámica muestra la forma constante en que los jueces de la Corte han ejercido su facultad de expresar sus opiniones particulares, las que representan un abanico amplio

¹² Op. cit, p. 76.

de puntos de vista, algunos más breves otros más extensos, algunos meras aclaraciones otros análisis más profundos, a veces expresan críticas incisivas a veces apologías apasionadas, pero siempre pautas indispensables para la reflexión, tanto del caso u opinión en particular, como de la trascendencia del fallo para el Derecho internacional de los derechos humanos en general.

La voz del juez Rodolfo Piza Escalante ***In memoriam***

En su desempeño como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el doctor Piza Escalante emitió un total de nueve opiniones individuales, dos en las resoluciones de 13 de noviembre de 1981 y 8 de septiembre de 1983, respecto del *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, respectivamente; una en la sentencia de fondo en el *Caso Velásquez Rodríguez*, de 29 de julio de 1988; dos más en las resoluciones de “Interpretación de la Sentencia de Indemnización Compensatoria” en los casos *Velásquez Rodríguez* y *Godínez Cruz*, de 17 de agosto de 1990; y cuatro, respectivamente, en las opiniones consultivas *sobre Restricciones a la pena de muerte* (Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983); *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* (Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984); *La colegiación obligatoria de periodistas* (Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985) y *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986).

Cada una de estas opiniones individuales, sean concurrentes o disidentes con la mayoría, expresan consi-

deraciones de interés que ameritarían ser revisadas de modo especial; sin embargo, aquí haremos referencia sólo a aquellas emitidas durante la tramitación del *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, y en la sentencia de fondo del *Caso Velásquez Rodríguez*, por considerarlas de singular importancia para el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos en el Continente, en particular, respecto de la participación de las víctimas como parte sustantiva en el procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Desde su primer voto disidente respecto de la decisión del 13 de noviembre de 1981 en el *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, que al mismo tiempo es el primer voto que se presenta en la primera resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al conocer de un asunto sometido a su consideración, el Juez Piza consideró que en el procedimiento ante dicho tribunal los seres humanos aparecen “como la verdadera ‘parte’ activa, ofendida, titular de los derechos cuya protección se persigue, e imponiendo [al Estado como parte pasiva] las consecuencias correspondientes, a favor de los segundos.” Mientras que la Comisión Interamericana “no tiene nunca la condición de parte sustancial, actora ni demandada, sino siempre la de parte *sui generis*, puramente procesal, auxiliar de la justicia, a la manera de un “ministerio público” del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”¹³.

Esta afirmación, que fuera reiterada nuevamente en sus votos disidentes a la resolución de 8 de septiembre de 1983 en el *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, y a la

¹³ Párr. 4.

sentencia de fondo del *Caso Velásquez Rodríguez*¹⁴, sería el motor de críticas constantes a la interpretación, según la cual, las víctimas o presuntas víctimas de determinada violación no se consideraban como parte en el proceso ante la Corte¹⁵. Al respecto enfatiza que “no existe ninguna razón valedera para negar a las propias víctimas, ‘parte activa’ sustancial, su condición autónoma de ‘parte activa’ procesal [pues] lo único que la Convención [Americana sobre Derechos Humanos] ve da al ser humano es la ‘iniciativa de la acción’ (art. 61.1), limitación que, como tal, es ‘materia odiosa’ a la luz de los principios, de manera que debe interpretarse restrictivamente. En consecuencia, no es dable derivar de esa limitación la conclusión de que también le está

¹⁴ Párrs. 40 y 6, respectivamente.

¹⁵ Cabe recordar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos encomienda la supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Estados al ratificar dicho instrumento a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuando un Estado Parte en la Convención ha aceptado la competencia contenciosa de la Corte, ésta última está facultada para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención sobre cualquier violación a los derechos humanos reconocidos en la misma; siendo la Comisión Interamericana y los Estados los únicos facultados para someter determinado caso ante la Corte, no así los individuos directamente (como sí es posible ante la Corte Europea de Derechos Humanos después de la entrada en vigor del Protocolo XI a la Convención de Roma a partir del 1 noviembre de 1998). En este sentido, mientras el artículo 44 de la Convención Americana faculta a cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental reconocida en uno o más Estados miembros, a presentar peticiones que contengan denuncias o quejas de violaciones a la misma por un Estado Parte ante la Comisión, el artículo 61 limita a los Estados partes y a la Comisión el derecho de someter un caso a la decisión de la Corte. Esta cláusula abre el debate sobre el papel de las víctimas en el proceso ante la Corte y sobre su calidad de parte material o sustantiva y los respectivos derechos que como tal le corresponden. Cfr. Faúndez Ledesma, Héctor, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2ª. Ed., Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.

vedada al ser humano su condición autónoma de ‘parte’ en el proceso, una vez que éste se haya iniciado¹⁶.

En esta última opinión disidente, el Juez Piza abundó en el sentido de que “las ‘partes’ en sentido sustancial son [...] independientemente de cuál haya sido la que introdujo la instancia: a) el Estado [...] como ‘parte pasiva’, a la que se imputan las violaciones y deudora eventual de su reparación [pues] en el orden internacional de la protección de los derechos humanos, el Estado es el único sujeto pasible de condenatoria y de sanción; y b) como ‘parte activa’, titular de los derechos reclamados y, por ende, acreedora de una eventual sentencia estimatoria, las víctimas [...] La Comisión no es ‘parte’ en ningún sentido sustancial, porque no es titular de derechos ni deberes que hayan de ser o puedan ser declarados o constituidos por la sentencia”¹⁷.

Un concierto de voces para la libertad: otros desarrollos posteriores

Al paso de los años y con el mismo objeto de esclarecer aspectos sustantivos y adjetivos medulares del Derecho internacional de los derechos humanos, otros jueces al expresar sus opiniones particulares en sus votos concurrentes o disidentes han hecho referencia a la cuestión de las “partes” en el proceso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A continuación se presentan algunos fragmentos de tales consideraciones como ejemplos claros que sirven de criterios orientado-

¹⁶ Párrafo 8 del voto razonado a la decisión del 13 de noviembre de 1981 en el *Asunto Viviana Gallardo y otras*, reiterado en el voto a la resolución de 8 de septiembre de 1983 en el mismo asunto, párr. 40.

¹⁷ Párr. 39.

res para la construcción y perfeccionamiento del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Respecto de la consideración de las víctimas como parte demandante, el juez Antônio Augusto Cançado Trindade en sus votos razonados a las sentencias sobre excepciones preliminares a los casos *Castillo Páez y Loayza Tamayo*, hace referencia a la necesidad de “asegurar el equilibrio o igualdad procesal de las partes ante la Corte –es decir entre los peticionarios demandantes y los gobiernos demandados– esencial a todo sistema jurisdiccional de protección internacional de los derechos humanos” y enfatiza que “sin el *locus standi in iudicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos”¹⁸.

En el universo del Derecho internacional de los derechos humanos –continúa el juez Cançado– “es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones”¹⁹. Sus reflexiones concluyen con un llamado a la reforma del sistema interamericano de protección al señalar que “cabe *de lege ferenda* superar gradualmente la concepción paternalista y anacrónica de la total intermediación de la Comisión entre el individuo (la verdadera parte demandante) y la Corte, según criterios y reglas claros y precisos, previa y cuidadosamente definidos. En el

¹⁸ Párr. 14.

¹⁹ Párr. 15.

presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes dotado de personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales”²⁰.

Posteriormente, el mismo juez Cançado Trindade, en su voto concurrente a la sentencia de excepciones preliminares al *Caso Castillo Petruzzi*, de 4 de septiembre de 1998, expone de manera clara y detallada el desarrollo, naturaleza jurídica y alcance del derecho de petición individual en materia de protección internacional de los derechos humanos, destacando que la importancia de ese derecho no ha sido suficientemente resaltada por la doctrina y la jurisprudencia internacionales siendo que, en última instancia, “es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que se garantiza el acceso directo del individuo a la justicia a nivel internacional”²¹.

En opinión del jurista brasileño, el derecho de petición individual “es una conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es de la propia esencia de la protección internacional de los derechos humanos la contraposición entre los individuos demandantes y los Estados demandados en casos de supuestas violaciones de los derechos protegidos. Fue precisamente en este contexto de protección que se operó el *rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional”²².

²⁰ Párr. 17.

²¹ Párr. 2.

²² Párr. 5.

Este voto no sólo representa una reflexión profunda sobre el desarrollo del derecho de petición individual, sino también marca la pauta para desarrollos de *lege ferenda* al estimar que “en el sistema interamericano de protección, alcanzará el derecho de petición individual su plenitud el día en que pueda ser ejercido por los peticionarios ya no más ante la Comisión Interamericana, pero sí directamente ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La vía *jurisdiccional* constituye la más perfeccionada y evolucionada modalidad de protección internacional de los derechos humanos [...] Trátese de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso ...), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana [...] Más que todo, este salto cualitativo atendería [...] a un imperativo de justicia. El *jus standi* –no más apenas *locus standi in judicio*– irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa [...] la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos”²³.

En este esquema propuesto por el juez Cançado, “la jurisdiccionalización del mecanismo de protección se

²³ Párrs 39, 42 y 43.

impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios - la verdadera parte demandante - y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte). Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia *durante* el proceso. El derecho de acceso a la justicia a nivel internacional debe efectivamente hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal (*equality of arms/égalité des armes*) en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado”²⁴.

En fechas más recientes, el juez Sergio García Ramírez, en su voto concurrente a la sentencia de reparaciones en el *Caso Barrios Altos*, de 30 de noviembre de 2001, expresó de manera sencilla y clara el papel de cada parte en esta etapa del proceso al señalar que en dicha ocasión “la Corte tuvo a la vista un “Acuerdo” sobre reparaciones celebrado entre las partes materiales (el Estado y las víctimas o sus familiares), con intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte formal o solamente procesal. Es evidente que las reparaciones acordadas –al igual que las que pudieran ser dictadas por la Corte, en ausencia de acuerdo– se proyectan sobre los bienes jurídicos (materiales

²⁴ Párr. 44.

o inmateriales) de las víctimas, como lo es que la Comisión Interamericana tiene la atribución natural e indeclinable, que ejerce a través de diversos actos procesales, de cuidar la observancia de las normas tutelares de los derechos humanos, en beneficio del sistema mismo de protección de estos derechos, más allá –y sin perjuicio– de la satisfacción debida a los destinatarios directos de las medidas reparadoras (víctimas y, en su caso, derechohabientes de éstas)”²⁵.

Como se puede apreciar de la simple lectura de las opiniones que preceden, la discusión doctrinal sobre las “partes” en el proceso ante la Corte que inició desde sus primeros casos en la voz del Dr. Rodolfo Piza continuó siendo una cuestión importante en la reflexión de algunos jueces al expresar sus opiniones individuales. En la actualidad, el Reglamento de la Corte, aprobado el 24 de noviembre del 2000, durante el XLIX Período Ordinario de Sesiones de la Corte, celebrado del 16 al 25 de noviembre del 2000, y con vigencia a partir del 1 de junio del 2001, en su artículo 2, numeral 23, en efecto señala que, como lo enfatizó en su momento el juez Piza, “la expresión ‘partes en el caso’ significa la víctima o la presunta víctima, el Estado y, sólo procesalmente, la Comisión”²⁶.

²⁵ Párr. 3.

²⁶ La reforma al Reglamento de la Corte de noviembre de 2000 comprendió aspectos notables sobre la cuestión terminológica y sobre el papel procesal de la víctima durante todo el proceso ante la Corte, así como sobre la posibilidad de incorporar al expediente actuaciones realizadas por la Comisión Interamericana en el procedimiento previo a la presentación del caso ante la Corte y la de concentrar las diferentes etapas del procedimiento.

Un desarrollo jurisprudencial paralelo

A la par de esta discusión o como parte de la misma, se ha planteado en diferentes votos particulares la cuestión sobre el papel de las víctimas o presuntas víctimas en el proceso ante la Corte; incluso, la propia noción de “víctima” ha tenido un desarrollo jurisprudencial significativo a través de las sentencias del tribunal que algunos jueces han reflejado en sus opiniones individuales²⁷. Al respecto, el Juez Cañado Trindade, en su vo-

²⁷ El significado actual del derecho de petición individual y el papel de la víctima en el proceso interamericano ha evolucionado. Como lo recuerda el jurista Juan Méndez en el sistema interamericano, como en el europeo, se partió de la inexistencia de normas que contemplaran rol alguno para la víctima, más allá de la presentación de la petición. Sin embargo, a través de la práctica jurisprudencial y de sucesivas enmiendas al Reglamento de la Corte, se fueron abriendo los espacios para su participación. En el sistema interamericano desde los primeros casos contenciosos ante la Corte, los peticionarios y los familiares de las víctimas se plantearon la posibilidad de participar activamente en el proceso; en consecuencia, la Comisión los designó como asesores *ad hoc* de su delegación, lo que no objetó la representación del Estado de Honduras y la Corte aceptó. Posteriormente, en la etapa de indemnización existieron algunas diferencias entre las opiniones de la Comisión y los abogados de los familiares de las víctimas sobre el monto y la naturaleza de la indemnización, observaciones que fueron presentadas por la Comisión como anexo a su escrito por el que daba cuenta del fracaso en la negociación con el Estado respecto de tales montos y modalidades de la indemnización. En el fallo sobre el fondo del caso *Godínez Cruz*, la Corte dio a los familiares la oportunidad de presentar sus argumentos en forma independiente a la Comisión, tal como lo había expresado el Juez Rodolfo Piza Escalante en su voto disidente a las sentencias anteriores en el *Caso Velásquez Rodríguez*. (Cfr. “La participación de la víctima ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, editado y presentado por Rafael Nieto Navia, Corte IDH, San José, C.R., 1994, pp. 321 y ss.) En la reforma de 1991 a su Reglamento, la Corte autorizó a los delegados de la Comisión a hacerse asistir por cualquier persona de su elección, pero si se tratara de los abogados de los peticionarios, de las víctimas o de sus familiares, debía hacerse del conocimiento de la Corte tal circunstancia, a fin de autorizar su intervención en los debates a propuesta de la Comisión y para oír su opinión cuando se sometiera a su consideración el desistimiento de la acción o una solución amistosa que pudiera dar fin al proceso. La reforma de 1996, dio un paso adelante, al incorporar el derecho de los representantes de las víctimas o de sus familiares a presentar ante la Corte sus propios argumentos y

to razonado a la sentencia de 26 de mayo de 2001 sobre reparaciones en el *Caso de los “Niños de la Calle”*, señaló que “es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos el que, clara y decididamente, viene a rescatar la posición central de las víctimas, por cuanto encuéntrase orientado hacia su protección y al atendimento de sus necesidades”; en el entendido que el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en otras áreas del Derecho (tanto público como privado) “ocurre en buena hora, en el sentido de humanizarlas. Este desarrollo muéstrase conforme a los propios fines del Derecho, cuyos destinatarios de sus normas son, en última instancia, los seres humanos”²⁸.

Sobre el concepto de víctima de violaciones a los derechos humanos reconocidos en la Convención, el juez Sergio García Ramírez en su voto razonado concurrente a la sentencia de fondo de 23 de noviembre de 2000 en el *Caso Bámaca Velásquez*, expresó que dicho concepto “reviste fundamental importancia en el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto en sus implicaciones sustantivas –para identificar el sujeto pasivo de la lesión, titular de los derechos afectados y de aquellos otros que genera la conducta violatoria–, como por sus consecuencias procesales –para precisar la legitimación y la correlativa capacidad de actuación en diversos momentos del proceso”.

pruebas en forma autónoma a la Comisión en la etapa de reparaciones. Sin embargo, el Reglamento actualmente en vigor, alcanza un umbral mucho más amplio de participación de la víctima al disponer, en su artículo 23, que después de admitida la demanda, “las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso”.

²⁸ Párr. 15 y 16.

En su voto, el juez mexicano se refiere a la conocida “evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, temas largamente explorados y controvertidos” y enfatiza que tal desarrollo “revela claramente el impulso tutelar del Derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos [...] la protección real de los derechos humanos” y concluye con la afirmación de que “el principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla *pro homine* –fuente de interpretación e integración progresiva–, tiene aquí una de sus más notables expresiones”²⁹.

Posteriormente, el juez García Ramírez, recuerda que, mediante una jurisprudencia evolutiva que trabaja sobre las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquélla, la Corte Interamericana, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, prosiguió la elaboración de un concepto amplio de víctima de la violación y subraya que “podría considerar como víctima directa a la persona que sufre menoscabo de sus derechos fundamentales como efecto inmediato de la propia violación: entre ésta y aquél existe una relación de causa a efecto (en el sentido jurídico del vínculo), sin intermediario ni solución de continuidad. En cambio, víctima indirecta sería quien experimenta el menoscabo en su derecho como consecuencia inmediata y necesaria, conforme a las circunstancias, del daño que sufrió la víctima directa. En tal hipótesis, la afectación ocasionada a ésta última sería la fuente del menoscabo que ex-

²⁹ Párr. 3.

perimenta la víctima indirecta. La distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta”³⁰.

Los anteriores comentarios dan cuenta de aspectos significativos que han sido revisados por la Corte al resolver diferentes casos. Por supuesto cada sentencia constituye un precedente y los votos particulares no son otra cosa que notas al margen de sus autores a la decisión final y como tales han de considerarse, sin embargo, en sus votos los jueces recogen reflexiones que si bien no necesariamente son indispensables para resolver el caso en cuestión sí para comprender el estado actual de la jurisdicción internacional.

Comentario final

Muchos otros temas han sido tratados por los jueces a lo largo de sus opiniones particulares, cuestiones de especial relevancia, tanto de naturaleza procesal como sustantiva, que no es posible exponer aquí, pero que son fundamentales para el análisis y comprensión de las razones y argumentos que sustentan las diferentes resoluciones adoptadas por la Corte al resolver sobre los casos sometidos a su conocimiento o al emitir sus opiniones consultivas³¹.

³⁰ Párrs. 4 y 5.

³¹ A manera de ejemplo, por citar sólo algunos de los casos contenciosos

Aunque es difícil saber en que grado influyen los votos particulares de los jueces de la Corte en la modificación de sus criterios y en el desarrollo del Derecho internacional de los derechos humanos, es claro que tales opiniones ponen de manifiesto aspectos elementales que, dado el conocimiento e inmediatez de los jueces con el sistema interamericano, resultan de enorme interés para entender el estado actual de operatividad del propio sistema, así como para hacer consideraciones de *lege ferenda* con el objeto de perfeccionarlo en aras de una mejor protección internacional de los derechos humanos. Ese creo yo fue el camino que se siguió en ciertas cuestiones a partir del fuerte motor del pensamiento del Dr. Rodolfo Piza Escalante. *Requiescat in pace.*

y sólo algunos de los jueces que más han emitido votos particulares: el juez Antônio Augusto Cançado Trindade se ha pronunciado sobre la excepción de no agotamiento de los recursos internos en sus votos razonados a las sentencias de Excepciones Preliminares de los casos *Gangaram Panday*, *Castillo Páez*, *Loayza Tamayo* de 4 de diciembre de 1991; sobre las limitaciones *ratione temporis* de la competencia de la Corte y el crimen de desaparición forzada de personas en el *Caso Blake*; sobre la violación de la Convención por la propia existencia de una disposición legal sin requerir de un acto de aplicación en sus votos correspondientes a los casos *El Amparo*; *Caballero Delgado y Santana*; *Genie Lacayo*, *Suaréz Rosero*, “*La Última Tentación de Cristo*”; sobre el derecho a la vida y los niños del a calle en el *Caso Villagrán Morales y otros*, sobre el recurso de revisión ante la Corte en el *Caso Genie Lacayo*, sobre la jurisdicción internacional y la cláusula facultativa de reconocimiento de competencia en los casos *Hilaire, Constantine y otros* y *Benjamín y otros*, entre otras opiniones significativas. El juez Sergio García Ramírez se ha pronunciado sobre la cuestión de las leyes de amnistía en la sentencia de reparaciones del *Caso Castillo Páez*, sobre la competencia de la Comisión para aplicar el Derecho internacional humanitario en el *Caso las Palmeras*, sobre el derecho a la verdad y otros temas probatorios en el *Caso Bámaca Velásquez*, sobre las características del allanamiento y otros en el *Caso Barrios Altos*, sobre el régimen consuetudinario indígena en el *Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, en donde además se pronunciaron conjuntamente los jueces Cançado Trindade, Pacheco Gómez y Abreu Burelli e individualmente el juez Hernán Salgado y el juez Montiel. Otras opiniones se han expresado en los casos *Hilaire, Constantine y otros* y *Benjamín y otros*, etcétera.

Los partidos políticos

*Gonzalo Elizondo Breedy **

I. Democracia y concepto de partido político

Hablar de los partidos políticos nos impone necesariamente una reflexión sobre el sistema democrático que es en nuestro tiempo, fundamentalmente, un sistema de partidos, y sobre los derechos humanos como atributos substanciales de todas las personas quienes son en definitiva actores de la vida social, que se aspira regida por los más altos principios éticos cada vez con más fuerza presentes tanto en los textos constitucionales como en los instrumentos internacionales.

Reconocida, como está, la dignidad inherente de cada persona humana correlativamente se destaca la dimensión social de la vida, pues todos los seres humanos, como dice la Declaración Universal “nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están

* Centro de Acción Pro Derechos Humanos - El Centro de Acción Pro Derechos Humanos (CAPDH) es una entidad independiente que se creó como iniciativa de un grupo de profesionales que durante muchos años han apoyado proyectos de derechos humanos, permaneciendo estrechamente vinculados con el trabajo en este campo. El énfasis de sus acciones se da en las áreas de educación, administración de justicia, fuerzas militares, policía y ombudsman. Tiene su sede en San José de Costa Rica pero cuenta con una red de colaboradores en todo el Continente.

de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”¹.

Esto es que en el acto de existir cada una de las personas tiene que hacer imperiosamente todo aquello que garantice su propia supervivencia pero al mismo tiempo, como se reconoce en la propia idea de “contrato social”, este esfuerzo individual solo puede garantizarse si la comunidad toda se fundamenta en iguales postulados para todos los hombres y las mujeres, inspirados, en última instancia, en la idea del bien común.

Cuando mencionamos conceptos como contrato social, comunidad y el ya indicado bien común nos estamos instalando en el marco de la política, es decir en el ejercicio y administración del poder, cuyas dinámicas y resultados son fruto de la interacción de voluntades. Esta no constituye un fenómeno simple, más bien podemos observar una variedad de modelos donde pueden distinguirse, por ejemplo, fenómenos tan distintos como la imposición: cuando la voluntad de una persona o de varias desplaza la de otros de modo invencible; el acuerdo que es: el proceso exitoso de varias voluntades que logran homologarse, o incluso el diálogo como mecanismo que toma como punto de partida una diversidad de voluntades encontradas para llegar a consensos después de una dialéctica, que no excluye sino –más bien– procura en un primer movimiento la exteriorización de las diferencias.

A pesar de que la descripción de su naturaleza no lo es tanto, en el sentido de que casi cualquier persona por sencilla que esta sea entiende intuitivamente lo que el “poder” significa, las reglas en las que el “fenómeno del

¹ Declaración Universal de Derechos Humanos. Artículo primero.

poder” se desenvuelve sí constituyen algo sumamente complejo.

De modo que nuestras reflexiones tan solo versarán sobre un aspecto parcial de la temática que se enmarca en el terreno de las “instituciones públicas”, es decir aquellas figuras o personas jurídicas cuyo conjunto se presenta como el aparato estatal.

Este aparato es la expresión final de una serie de eslabones. La democracia como sistema político parte de la persona individual. Esta, no la familia, es la verdadera “célula social”. Debidamente protegidas en su identidad y naturaleza las personas sí permanecen en general instaladas en las formas elementales de asociación originaria: el variado abanico de las familias.

Conjuntos de personas individuales y asociadas entre sí generan grupos que adquieren la forma de comunidades, pueblos, ciudades. La necesidad de cambiar el imperio de la fuerza como medio para dirimir las diferencias dentro de esos conglomerados por un modelo donde prevalezca el imperio de la ley obliga a “instalar” el principio de igualdad en todas las áreas.

Pero si todas las personas son iguales entonces cada una de ellas debe recibir las mismas oportunidades y posee el mismo derecho de participar en los asuntos de la comunidad.

La igualdad de oportunidades se ha logrado únicamente, por el momento, en el ámbito jurídico. En virtud de la misma las personas, cualquiera sea su origen o ubicación, han de tener idéntica situación frente a iguales circunstancias. Si lo propio de la monarquía es el carácter personal en el que encarna la autoridad, la nece-

alidad derivada de la igualdad entre los seres humanos obliga a sustituir la persona/monarca por una entidad que represente lo plural, entendido esto como la síntesis de la suma de voluntades del grupo.

Así nacen las instituciones públicas que resultan ser esas entidades abstractas creadas por las personas que constituyen el grupo donde cada una de ellas se siente representada, y a la cual entidad se asigna la realización de un fin o un objetivo que el grupo ha consensuado.

Como resulta obvio las instituciones por mucho que sean el producto de la suma de voluntades del grupo no llegan en ningún caso a tener vida propia. Siempre se requerirán de seres de “carne y hueso” ejerciendo los actos concretos. Pero la diferencia resulta del hecho que estas personas, a diferencia del monarca, no están actuando por sí y ante sí, sino más bien “revestidas” de un carácter social, que les impone la obediencia a un mandato u orden, contenidos –claro está– en la ley.

De modo que el principio o el derecho a la igualdad hace progresar el carácter “objetivo” de las acciones. Y es que de alguna manera la cultura democrática siempre será la búsqueda de un acuerdo general (no otra cosa es la objetividad) frente al poder del individuo. Y de alguna manera también todo autoritarismo es la imposición del poder de un individuo sobre el proceso de búsqueda de un acuerdo general, como de modo dramático se expone en el siguiente texto:

Para que la palabra pueda producir su efecto consumado hay que completarla con la introducción de nuevos ritos. También a este respecto los caudillos políticos han procedido de una manera cabal y metódica, y han logrado un triunfo. Cada acción política tiene su ritual particular. Y como en el estado totalitario no existe la

esfera privada, independiente de la vida política, toda la vida del hombre se inundó súbitamente con la marejada de los nuevos ritos. Son tan rigurosos, regulares e inexorables como aquellos ritos que encontramos en las sociedades primitivas. Cada clase, cada sexo y cada edad tiene un rito propio. Nadie podía andar por la calle, nadie podía saludar a su vecino o a su amigo sin ejecutar un rito político. E igual que en las sociedades primitivas, el descuido en uno de estos ritos establecidos ha significado la desgracia y la muerte. Ni siquiera entre los niños se ha considerado esto como un simple pecado de omisión. Se convierte en un crimen de lesa majestad contra el caudillo y el estado totalitario².

De modo que mientras el totalitarismo tiende a la peculiaridad de los mandatos, en el sentido que cualquier orden debe ajustarse a la voluntad, intereses y deseos del líder, en el sistema democrático se pretende todo lo contrario pues los mandatos de la democracia deben ser generalizables y más generalizable es un mandato entre más democrático.

Teóricamente, si imaginamos las instituciones públicas funcionando, por medio de la acción de personas concretas apegadas en sus tareas y protegidas bajo la sombrilla de la legalidad casi de inmediato surge la pregunta sobre otro problema: ¿Quién ha elegido a esas personas que ocupan las posiciones de autoridad dentro del aparato de instituciones que conforman el Gobierno?

La democracia ha contestado esto también de una manera sencilla y práctica estipulando que el nombramiento de esos titulares ha de efectuarse por medio de un acto que compromete a todas las personas mayores del grupo entre las cuales se conforman listas de candi-

² Cassirer, Ernst. **El mito del Estado**. México. Fondo de Cultura Económica. Colección Popular. 1974. Página 336.

datos para ocupar esas posiciones que son sometidas a conocimiento general.

Así, cada uno de los miembros adultos del grupo tiene la oportunidad de designar quien o quienes han de ocupar los cargos de Gobierno, en el entendido que finalmente ocuparán tales cargos aquellas personas que reciban el mayor número de votos, o sea, aquellas sobre las que recaiga el mayor número de voluntades.

Este es el paradigma del sistema democrático. Desde la perspectiva de nuestras reflexiones nos ocuparemos fundamentalmente del segmento de ese paradigma que tiene que ver con el modo como son confeccionadas las “listas” sobre las cuales el grupo elige, la dinámica de la elección misma y el ejercicio del mandato, todo lo cual nos lanza de lleno al centro del sistema político y donde encontraremos, no hay escapatoria, los partidos políticos.

Los partidos políticos, como hoy los conocemos, son producto de las democracias modernas³. Se habla de dos distintas formas de creación originaria: Como “comités electorales” alrededor de ciertas personalidades que se sirvieron de los mismos durante los procesos de elección para ocupar los cargos públicos, o bien como grupos de parlamentarios que encontraron alguna comunidad ideológica y el interés común de organizarse para luchar en el ámbito del Poder Legislativo por las mismas causas.

El ejemplo clásico del segundo modo de constituirse se dio con los diputados bretones en la Asamblea Constituyente francesa de 1789 quienes primero se agrupa-

³ Duverger, Maurice. **Los partidos políticos**. México. Fondo de Cultura Económica. Reimpresión en 1980 del texto de 1957.

ron en razón de su origen geográfico, pero posteriormente encontraron diputados de otras regiones de Francia con intereses comunes a ellos siendo, por ese motivo, invitados al “club bretón”, núcleo extraordinariamente activo y que es reconocido por todos nosotros con el nombre de los jacobinos.

Con el paso del tiempo estos “comités electorales” fueron creciendo generando más desarrollo institucional. Esto puede apreciarse de modo principal en dos áreas: la representación ideológica, que tiene que ver con la doctrina que el círculo creador del partido político ofrece a los otros miembros electores del grupo a fin de obtener su apoyo y la estructura permanente como medio de atender en forma sostenida la necesidad que llena la propia existencia del partido político.

En la primera de ellas (representación ideológica) es innegable el aporte del marxismo pues esta corriente fue formulada con un marcado sentido doctrinario, es decir, proponiendo una visión de mundo orientada para una acción, buena o mala, con acentuado carácter transformador.

El partido político, es considerado en el marxismo, como una unidad promotora de educación política y de organización para la lucha social. Así el eje convocante pasa a ser una agenda política. Esta posición queda bien reflejada en el siguiente texto de Lenin:

Sólo el proletariado urbano e industrial, dirigido por el partido comunista, puede librar a las masas trabajadoras rurales del yugo del capital y de la gran propiedad agraria de los terratenientes...⁴.

⁴ Lenin. **Tesis presentada al II Congreso de la Internacional Comunista. Esbozo inicial de la tesis sobre la cuestión agraria.** En

Notamos aquí el análisis de una posible conjunción de intereses entre distintos grupos sociales donde aparece “el partido” en un rol de liderazgo o de guía. Algo que resulta derivación de lo que ya Marx-Engels sostuvieran en su agenda política, el conocido Manifiesto del Partido Comunista:

Los comunistas no forman un partido aparte, opuesto a los otros partidos obreros.

No tienen intereses que los separen del conjunto del proletariado.

No proclaman principios especiales a los que quisieran amoldar el movimiento proletario.

Los comunistas solo se distinguen de los demás partidos proletarios en que, por una parte, en las diferentes luchas nacionales de los proletarios, destacan y hacen valer los intereses comunes a todo el proletariado, independientemente de la nacionalidad; y, por otra parte, en que, en las diferentes fases de desarrollo por que pasa la lucha entre el proletariado y la burguesía, representan siempre los intereses del movimiento en su conjunto.

Prácticamente, los comunistas son, pues, el sector más resuelto de los partidos obreros de todos los países, el sector que siempre impulsa adelante a los demás; teóricamente, tienen sobre el resto del proletariado la ventaja de su clara visión de las condiciones, de la marcha y de los resultados generales del movimiento proletario.

El objetivo inmediato de los comunistas es el mismo que el de todos los demás partidos proletarios: constitución de los proletarios en clase, derrocamiento de la dominación burguesa, conquista del poder político por el proletariado⁵.

Obras Escogidas. México. Ediciones de Cultura Popular S.A. Sin fecha. Página 616.

⁵ Marx C. y Engels F. **Manifiesto del Partido Comunista**. En Marx-

Podríamos afirmar que a partir del nacimiento de esta concepción el partido político podría ser considerado no como pequeño comité en torno de personas, ni como corporación de parlamentarios a favor de intereses comunes, sino como agrupación de masas. De modo que se crearán también más elaboradas estructuras y secciones haciéndose el fenómeno mucho más complejo. De igual forma se sumará al nacimiento de esa nueva burocracia la asignación de una “misión histórica” a favor de las mismas masas que se dice representar.

La debilidad de ese tipo de “representación” radica en la falta de construcción democrática de la misma. En otras palabras: son los miembros del propio partido político quienes se auto-designan representantes. Como la historia demostraría con creces la función representativa solo resulta tal si se construye por medio de la participación de todas las personas adultas del grupo, en igualdad de condiciones, quienes han de delegar en procesos limpios y transparentes la autoridad a los mandatarios.

Nociones extremas sobre la importancia del partido político como agente ideológico no son privativas del marxismo. Podemos también encontrarlas en la doctrina nacional socialista o en el fascismo.

Como ya hemos venido señalando hay que hacer notar que esas posturas que tienen en común el maximizar el concepto y misión de los partidos políticos, sin adecuados mecanismos contralores, han resultado ser muchas veces verdaderas amenazas contra el sistema democrático. Este peligro fue advertido casi desde las pri-

Engels, **Obras Escogidas**. Moscú. Editorial Progreso. Versión en Español. No indica año. Página 43.

meras décadas del siglo XX cuando el comunismo o el nazismo lograron instalar su hegemonía en algunos países. Después de la Segunda Guerra Mundial, con el renacimiento de los derechos humanos y la autocrítica de Occidente se pudo denunciar el grave riesgo que toda “verdad absoluta” comporta en la vida social.

El Partido Nazi alemán es un vivo ejemplo de lo que la falta de democracia puede generar incluso en las naciones más civilizadas.

También con carácter doctrinario pero con una estructura ideológica compuesta por nociones más “blandas” se halla toda la corriente política impulsada por la Iglesia Católica en la creación de los partidos de la Democracia Cristiana y del social cristianismo, históricamente nacidos como alternativa a la posición marxista.

De igual modo, con vinculaciones menos ideológicas en sentido tradicional y más corporativas o gremiales se da el nacimiento de partidos políticos impulsados por grupos particulares. Los hay que han sido creados por cámaras empresariales, o por sectores agrícolas, por empresarios de la comunicación, por organizaciones ecologistas, o por sectores sindicales. Un ejemplo de este último caso es el del propio Partido Laborista británico.

En nuestro tiempo desde el punto de vista teórico se ha venido estableciendo la necesidad que los partidos políticos ofrezcan una carta doctrinaria sobre sus principios y planes de gobierno como oferta social al público elector. Esta posición se condice con el fin último de tales organizaciones desde la perspectiva más racional del ejercicio del poder, que no puede ser otra que la mencionada realización del bien común.

Así, entendemos que los partidos políticos son instituciones especiales, creadas libremente por las personas ciudadanas con la finalidad de participar en los procesos políticos de elección de autoridades de gobierno, proponer nuevas ideas y formas de organización social, controlar el poder ejercido por las agencias públicas y educar a la masa en prácticas democráticas.

Esta vocación por la conquista de las posiciones de responsabilidad en la gestión del Gobierno distingue a los partidos de las organizaciones no gubernamentales y de los tipos de asociaciones civiles no comerciales en general. Las ONG y las asociaciones civiles comparten con los partidos políticos el hecho de ser creaciones de las personas que componen el grupo social. Pero los fines generales o sectoriales a los que este segundo tipo de organizaciones sirven no necesariamente están relacionados con la conquista de los cargos públicos.

Obviamente las ONG como las asociaciones civiles tienen innegables funciones políticas, de hecho muchas veces los propios grupos que organizan partidos se encargan de crear colateralmente entidades de este tipo, por ejemplo esto resulta claro en los partidos políticos alemanes donde podemos encontrar junto al partido demócrata cristiano a la Fundación Adenauer, junto a los liberales la Fundación Naumann, y así con los socialdemócratas y los verdes. Pero no podemos por ello confundir la naturaleza especialísima del partido político.

En no pocas ocasiones hemos escuchado debates sobre este punto. Podría pensarse que en realidad la democracia tradicional concede a los partidos políticos un monopolio en su carácter de canales de la participación ciudadana. Y que esto no necesariamente tendría que

ser así sino que, por el contrario, del rico mundo de las organizaciones no gubernamentales podríamos hallar expresiones muy auténticas de lo que las personas del grupo aspiran reivindicar a nivel general. Entonces las instituciones públicas debieran nutrirse, según este pensamiento, no sólo de lo que llega por vía electoral a través de las postulaciones presentadas por los partidos políticos sino también de niveles de autoridad en poder de representantes del movimiento de las organizaciones no gubernamentales.

Aquí nos encontramos en presencia de una muy buena intención con todos los riesgos de desembocar en soluciones antidemocráticas, o hacer verdadera la frase de que “el camino hacia el infierno está lleno de buenas intenciones”. En efecto, la participación de los sectores organizados por medio de ONG o de asociaciones civiles es algo deseable en una democracia. El hecho mismo que las personas ejerzan su derecho humano a la libre asociación demuestra madurez política de la colectividad. Pero en no pocas ocasiones estas entidades dan un paso más allá de lo que compete a su naturaleza cuando sus líderes han pretendido ser titulares de un mandato de representación democrática. Nunca un proceso de constitución de ONG puede sustituir el mecanismo electoral, pues el primero carece de las condiciones de generalidad, igualdad y publicidad que sí tiene la elección popular.

Cuando en virtud de elección popular se designan los diputados, es decir los miembros del Poder Legislativo, el carácter de su representación es legítima en tanto deviene de la voluntad de la mayoría libremente expresada. En cambio las asociaciones civiles nombran a

sus autoridades desde el seno de sus miembros por lo que su alcance o representatividad se restringe a la del conjunto de sus afiliados que no corresponde con el conjunto de la ciudadanía.

Las ONG y las asociaciones civiles tienen un importante rol en el sistema democrático. Como grupos de presión pueden hacer valer intereses también generales por vía del debate público (libertad de expresión) o en los tribunales de justicia (derecho de petición), o incluso enriqueciendo la dinámica de los partidos políticos por medio de solicitudes concretas y demandas de compromisos exigidos a las personas candidatas. Pero no deben constituir ni las ONG ni las asociaciones civiles los “canales” de acceso a los cargos de representación general. Esto nos lanzaría a modelos, tipo fascismo, de Estado corporativo.

Pensamos que mucho de la confusión sobre el rol de las ONG ha nacido de la crisis contemporánea de los sistemas políticos, cuyo mal funcionamiento e intervención muchas veces por parte de sectores oligárquicos han destruido su credibilidad. Pero el camino de solucionar esto ha de ser el de las necesarias reformas para su modernización, de las que podemos citar entre otras:

II. Ámbitos para la modernización de los partidos políticos

Replanteamiento del papel de los medios de comunicación en el debate político. La relación entre partidos políticos y medios de comunicación es uno de los asuntos esenciales que tienen que ser revalorados para el buen funcionamiento del sistema democrático. Se trata de uno de los temas más polémicos en tanto sigue con-

siderándose la libertad de expresión uno si no el pilar básico de la democracia. De allí que los medios aspiren al ejercicio de una libertad irrestricta.

No obstante, frente a ese juicio cabe también considerar que los grupos de interés que dominan los medios de información se aprovechan muchas veces de tal circunstancia para influir en el proceso político de acuerdo con sus conveniencias, y en perjuicio del bien común. Deben entonces formularse soluciones que permitan mantener la investigación periodística incólume pero en el marco de un esquema informativo justo para todas las fuerzas en contienda.

Obviamente en un sistema donde la prensa tenga filiación política, y las personas así lo entiendan de modo que al abrirse a un medio informativo se sepa desde qué punto de vista se plantearán los problemas, las cuestiones arriba enunciadas podrían no ser tan vigentes. Pero en sociedades donde los flujos de información han sido monopolizados los medios alcanzan un poder mucho más allá del que suelen declarar. Entonces es importante que las “reglas del juego” para el acceso a los medios sean justas y claras entre todos los usuarios, y que los distintos partidos, sobre todos los minoritarios, no tengan barreras invencibles para difundir su mensaje a la colectividad.

Equidad en la inversión estatal al proceso político. Para nosotros está claro que la vida del partido y la campaña política demandan una fuerte inversión económica. Ciertamente el monto total de esa inversión resulta de la suma de contribuciones de origen público como de origen privado. La contribución del Estado al presupuesto de la campaña política de los distintos partidos está inspirada en la protección del interés general en la

medida en que esto permitirá un cierto grado de independencia a la entidad política en relación con las fuerzas del capital.

Sin embargo, la mayoría de los sistemas de regulación de las contribuciones estatales para los partidos políticos, en la actualidad, son insuficientes en tanto únicamente toman en cuenta las entidades hegemónicas, siendo imposible lograr respaldo público para las nuevas fuerzas nacientes, que son los partidos políticos nuevos. De este modo el sistema se está privando de la innovación o, al menos, la está dificultando.

Hace falta diseñar y ejecutar un programa de apoyo económico estatal a las fuerzas y partidos políticos nuevos, que no es otra cosa que proteger el principio de “integralidad” entre los derechos políticos y la libertad de pensamiento. Vale la pena recordar que ese principio de la integralidad de todos los derechos humanos significa que ninguno de ellos puede tomarse o interpretarse de manera aislada con relación a los otros, sino que dentro de la lógica del sistema axiológico que componen todos deberían relacionarse en forma consistente. Que allí donde surja una contradicción debe encontrarse una síntesis o una articulación en el mismo plano o en un plano superior del estrato normativo donde se presenta la dificultad. En este caso el dar valor a la libertad de pensamiento se estaría quebrantando si la misma puede ser cercenada por circunstancias meramente económicas, aunque estas últimas se encubran en la aparente protección, en este caso, de otro derecho. Lo que nos está demostrando aquí la teoría de la integralidad de los derechos humanos es, ni más ni menos, que la vigencia de este orden de normas no resulta siempre confirmatorio

del status quo sino, por el contrario, en general lo amenaza.

Control de la inversión privada al proceso político. Hoy por hoy, el final de la Guerra Fría y el ascenso de agencias privadas transnacionales, con elevados índices de acumulación económica y disponibilidad financiera, sin controles efectivos en el marco legal, ha amenazado seriamente la independencia de los partidos políticos y su propia identidad ideológica. Esta amenaza se ha tenido un refuerzo complementario en el escaso nivel de desarrollo institucional de las propias agencias políticas que les ha impedido resistir efectivamente la tendencia a la corrupción.

Se ha generado una especie de “gatopardismo” bajo el cual tiende a “borrarse” la diferencia entre los distintos partidos que, bajo el control de los grupos económicos empiezan a sostener todos la misma agenda empobreciendo la oferta social que son capaces de brindar.

Esta vulnerabilidad de la política —como había venido siendo conocida— frente a la economía internacional ha abierto una verdadera crisis de los sistemas políticos pues, como ya se indicó antes, una consecuencia grave de la falta de desarrollo democrático de los partidos políticos es el muy pobre manejo del dinero y de las finanzas de la organización. Sobre todo la falta de regulación de los aportes provenientes de los sectores privados ha permitido que carteles y grupos análogos hayan hecho muy fuertes “inversiones” políticas sin que se pueda conocer quiénes están detrás de esos dineros.

Sobre esto hay que llamar la atención porque todo el “paradigma de la democracia” sobre la “economía de las voluntades” se quiebra cuando la “economía del di-

nero” interactúa violentando los objetivos esenciales de los procesos políticos. Esta fractura podría significar, en la mayoría de los casos, un retroceso en tanto la “aspiración de objetividad” que está a la base de las actividades electorales se corrompe a favor de los intereses subjetivos de las personas que concentran los grandes capitales, como nuevos monarcas clandestinos.

Esto ha sido perfectamente percibido por algunos de los más lúcidos espíritus de nuestro tiempo. Así, por ejemplo, nos dice Ernesto Sábato:

A cada hora el poder del mundo se concentra y se globaliza. Veinte o treinta empresas, como un salvaje animal totalitario, lo tienen en sus garras. Continentes en la miseria junto a altos niveles tecnológicos, posibilidades de vida asombrosas a la par de millones de hombres desocupados, sin hogar, sin asistencia médica, sin educación. La masificación ha hecho estragos, ya es difícil encontrar originalidad en las personas y un idéntico proceso se cumple en los pueblos, es la llamada globalización. ¡Qué horror! ¿Acaso no comprendemos que la pérdida de los rasgos nos va haciendo aptos para la clonación?”⁶.

También los líderes políticos tradicionales han sido, en general, resistentes frente a la idea de generar un mecanismo efectivo de control de las finanzas privadas en el marco de las campañas políticas que, sumada esa resistencia a la falta de verdaderos elementos democráticos en la estructura del partido impiden el ejercicio de “rendición de cuentas” por parte de los dirigentes.

Se da entonces un efecto pendular: durante la mayoría del tiempo del partido político se encuentra en ban-

⁶ Sábato, Ernesto. **La resistencia**. Barcelona, España. Editorial Seix-Barral. Segunda edición. Septiembre de 2000. Página 82.

carrota, sin capacidad de emprender verdaderos proyectos de capacitación y formación política de sus cuadros. Y para las campañas políticas, después de verdaderas subastas por los cargos representativos, surgen –sin origen transparente– una avalancha de recursos que muy pronto serán dilapidados bajo una percepción reducida a perspectivas de corto o inmediato plazo, pura y simplemente electoreras.

Así, cuando el partido está dispuesto a emprender las tareas que le permitirían un desarrollo institucional nos encontramos con una situación de ruina económica, y cuando el partido deviene rico entonces el dinero se gasta en la contingencia de una ocasión.

El registro y regulación de toda contribución económica proveniente de sectores privados a favor de cualquiera de los partidos políticos es –por todo lo dicho– una medida urgente.

Democratización de los procesos internos de los mismos partidos. Si bien es cierto el proceso de construcción del aparato político o de la estructura burocrática del partido se ha dado de manera amplia, desgraciadamente su crecimiento no se ha nutrido tanto de los propios valores democráticos que son exigidos en las contiendas dentro de las cuales actúan.

Como señaláramos antes, los primitivos “comités electorales” eran más bien pobres en cuanto a “aparato burocrático”. Con el tiempo los partidos políticos fueron creando esos aparatos bajo muy distintas modalidades. En algunos casos, de partidos más conservadores, se promovió la existencia de muchos comités descentralizados cada uno de los cuales mantuvo un desarrollo

más bien propio basado en la promoción de líderes regionales. En otros casos de partidos más ideológicos se dio la existencia de las llamadas secciones, las cuales –a diferencia de los comités– mantenían un vínculo mayor con la autoridad central del partido, comité político.

De igual modo los partidos políticos tuvieron que crear grupos especializados de tecnócratas. Hoy es impensable una entidad de este tipo sin un grupo de especialistas en comunicación y propaganda, donde se tratan de investigar las opiniones de los electores sobre sus propias necesidades y expectativas en relación con los asuntos que son objeto de discusión nacional, y el propio devenir de la intención de voto por parte de las personas ciudadanas, medida por medio de encuestas rigurosas. También son necesarios especialistas en materia de sistemas informáticos pues cada vez con mayor velocidad se está dando la automatización de los procedimientos relacionados con registros de electores, expedición de documentos para verificación de la identidad de la persona electora, conteo de votos, transmisión de resultados, etc. Finalmente, como fuimos testigos en las últimas elecciones presidenciales norteamericanas (Bus/Gore) los partidos políticos también requieren de grupos de juristas especializados en esta materia a fin de defender y velar por la justicia electoral.

Sin embargo todo este complejo desarrollo se ha dado para trabajar la fase externa del partido político pero descuidándose ampliamente su propio desarrollo interno, o sea, el partido político como institución que contiene muy variadas dinámicas en la articulación de grupos diversos y en la forma de seleccionar a los propios candidatos y candidatas. Esto ha generado muy negati-

vas consecuencias. En primer término la mayoría de los partidos políticos no han logrado independizarse del sesgo personalista de sus creadores.

Así, esta falta de desarrollo democrático institucional se traduce en una tendencia más bien oligárquica dentro de la propia organización. Nos dice Robert Michels en su obra ya clásica:

El sentimiento de tradición, al actuar con una necesidad instintiva de estabilidad, tiene por resultado que el liderazgo represente siempre lo pasado más bien que lo presente. El liderazgo es retenido indefinidamente, no porque sea la expresión tangible de las relaciones entre las fuerzas que existen en el partido en un momento determinado, sino simplemente porque ya está constituido. A menudo los líderes son confirmados en su cargo todo el tiempo que ellos mismos lo quieran, por una pereza gregaria o, si podemos emplear el eufemismo, en virtud de la ley de la inercia ⁷.

En otras palabras, muchos de los partidos políticos se nos presentan como si fueran instituciones “con dueño”, y –en contrapartida– muchos de los líderes políticos fundadores se comportan efectivamente como si fueran ellos los propietarios del partido. Así las nuevas fuerzas sociales, y los nuevas fuentes de pensamiento no surgen fácilmente. El propio Michels nos sigue diciendo:

En todas las democracias hay una corriente tradicional de evolución lenta, pues las ideas de las masas cambian solo paso a paso y por gradaciones sutiles. Aunque en los organismos monárquicos hay muchas formas antiguas, no encontramos menos en el organismo democrático, que cuanto más perdura más dominado está

⁷ Michels, Robert. **Los partidos políticos**. Buenos Aires. Amorrortu editores. Tomo primero. Pág.136

por frases, programas y costumbres firmemente establecidas. Solo cuando las ideas nuevas han impregnado al país durante cierto tiempo, pueden penetrar en los partidos constituidos, gracias a la actividad de grupos particulares que las adoptan, o como resultado de un cambio espontáneo de opinión dentro de la masa⁸.

Hay que decir que esta tesis de Michels ha pecado de optimismo en relación con lo que hemos visto más recientemente. Se trata del fenómeno de “cansancio del elector” en virtud del cual una oferta demasiado cerrada de parte del conjunto de los partidos provoca un acumulado sentimiento de frustración que llega a explotar en la adopción, por parte de los electores, de opciones ya no a favor de partidos políticos más o menos estructurados, sino de “movimientos espontáneos” encabezados por líderes muy diversos, en general “outsiders” de la política, que con un perfil demagógico logran obtener el favor de las masas.

Esto también ha dañado severamente el sistema democrático pues en no pocas ocasiones tal improvisación termina haciendo colapsar el Estado de Derecho, tal y como hemos visto ocurrir en Guatemala (Serrano Elías) y Perú (Fujimori). En ambos casos se sigue un patrón relativamente similar. Se trata de personalidades que no vienen de la arena política, que no se valoran por los otros políticos como “el enemigo a vencer” y que, en un clima de general escepticismo sobre la elección logran obtener la segunda posición en preferencias electorales frente al derrumbe de alguno de los partidos tradicionales, siendo que en la segunda vuelta adquieren la mayoría a partir de la “recolección” de todo el voto protesta.

⁸ Ibidem p.138.

En los dos casos logran instalar un gobierno de muy fuerte respaldo popular al principio, careciendo de los equipos técnicos necesarios y del nivel de diálogo político adecuado como para mantenerse en los niveles de aceptación del inicio y, frenados en ambos casos por la institucionalidad que rodea al Poder Ejecutivo, intentan el rompimiento del sistema democrático a favor de una posición caudillista y dictatorial, siendo también que en ambos casos tal oferta no llega a sobrevivir produciéndose la caída del gobierno.

Esta limitación en el desarrollo histórico de los partidos políticos ha generado en el caso particular de América Latina una grave consecuencia también en el orden social general, pues se ha impedido el desarrollo del sistema político todo, imposibilitándose, por ejemplo, la consideración de transformar nuestros desgastados sistemas presidencialistas en sistemas de corte parlamentario.

En efecto, muy pegados a la idea del presidencialismo norteamericano, los sistemas políticos de la mayoría de los países de América, han dejado de lado la consideración de proponer esquemas parlamentaristas. Uno de los escasos ejemplos que se pueden dar en que tal posibilidad fuera socialmente discutida ocurrió en el proceso de consulta popular desencadenado con motivo de la última Asamblea Constituyente en el Brasil, donde fieles a sus políticos tradicionales (en el esquema de Michels) los electores prefirieron seguir dando su apoyo al sistema presidencialista, sobre el parlamentarismo y sobre la monarquía (!)⁹.

⁹ Esta opción fue más anecdótica que una posición política real.

Pero es esta una discusión que debiera ser retomada y valorada tanto en sus aspectos positivos como en aquellos que no lo son tanto. Básicamente la diferencia consiste en el rol del Poder Legislativo. Mientras en el presidencialismo este tiene una posición más pasiva, pues el Presidente de la República es la figura fuerte del modelo y, salvo casos de corrupción muy evidentes, el Poder Legislativo no tiene modo de removerlo, en el parlamentarismo los partidos representados en el órgano legislativo tienen que ponerse de acuerdo para formar gobierno nombrando, a la cabeza del mismo, un Primer Ministro.

Es casi una regla que ningún partido alcance por sí solo la mayoría necesaria para imponer al jefe de gobierno. Esto abre las puertas a la negociación entre las distintas fuerzas, dándose así un control adicional sobre el ejercicio del poder. Logrado un acuerdo entre varios partidos se designa al Primer Ministro, pero si en algún momento su gestión se aparta de lo que los otros parlamentarios consideraron la base del acuerdo, o si por cualquier motivo se abre una crisis política que genere ingobernabilidad entonces el Parlamento puede, mediante un voto de censura, remover al titular del Gobierno y generar un nuevo período de negociaciones.

En caso que las negociaciones no fructifiquen entonces ahora, y solo ahora, pesará la figura del Presidente de la República como símbolo de la unidad nacional, quien tendrá que ejercer su facultad de disolver el Parlamento y llamar a nuevas elecciones a fin de reconfigurar las fuerzas políticas representadas en el cuerpo deliberativo. Una vez concluido el proceso electoral, entre los nuevos parlamentarios se repite el proceso de negociación.

Como puede verse esta dinámica política exige de partidos mucho más experimentados y promueve su desarrollo institucional. En muchos casos el partido político minoritario de prestigio puede convertirse en una fuerza muy influyente gracias a la credibilidad que da su participación en las posibles coaliciones de gobierno. Un caso histórico bastante conocido lo es el del Partido Liberal alemán, que ha formado gobierno independientemente con cualquiera de las dos principales fuerzas del país: socialdemócratas y democristianos.

El compromiso de fortalecer institucionalmente a los partidos políticos quizás pueda compartirse mejor si repasamos su esencia, es decir la naturaleza para la cual debieran servir.

III. Misión del partido político

Tanto en el régimen presidencialista como en cualquiera de las formas de parlamentarismo, o bien en los sistemas mixtos como el francés, los partidos políticos tienen ciertas comunes misiones en el sistema democrático. A nuestro juicio estas misiones son al menos cuatro, que a continuación describo.

La primera de ellas es la misión de hacer realidad la plena vigencia del derecho de participación social. Este derecho tiene varios componentes complementarios según se ha reconocido en los principales instrumentos de derechos humanos.

Se parte, como establece el artículo 21 inciso 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de:

La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante

elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Los partidos políticos entonces establecen la “oferta” política, primero construyéndola con los distintos grupos sociales y, posteriormente, patrocinándola y promoviendo entre la población toda. Durante los procesos electorales, partidos equilibrados se vigilan recíprocamente favoreciéndose así la transparencia de las elecciones.

Otro aspecto de la participación política, tan importante como el anterior, es que los partidos políticos son los canales que deben permitir que las distintas personas, hombres y mujeres, puedan acceder a los cargos de gobierno, con verdaderos criterios de justicia e igualdad. Todas las personas deben contar con igual acceso al ejercicio de la función pública.

A este respecto puede resultar útil recordar lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰:

Artículo 25. Todos los ciudadanos gozarán, sin ninguna de las distinciones mencionadas en el artículo 2, y sin restricciones indebidas, de los siguientes derechos y oportunidades:

- a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

¹⁰ Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis. Entró en vigor el veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis.

- b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores;
- c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

Vale la pena indicar que la referencia al artículo segundo lo es en el sentido de subrayar el principio de igualdad tantas veces invocado en estas líneas, que impide discriminar por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Resulta interesante hacer notar que el propio artículo dos señala también como discriminatoria la diferencia que se pueda originar en el “origen nacional” de las personas. En este sentido sostendría una posición mucho más avanzada que la de la mayoría de las regulaciones de derecho interno que suelen restringir acceso al ejercicio de los derechos políticos a las personas en razón de su origen.

Aquí tenemos un nuevo problema por resolver con aplicación del principio de integralidad de los derechos humanos, donde la contradicción aparente de normas se da entre la protección de la nacionalidad y el principio de igualdad. En nuestra opinión y de acuerdo con la evolución más reciente del concepto de soberanía nacional ya no resulta tan justificado el negar el derecho de voto por ejemplo a los residentes legales permanentes de un determinado país. En virtud de evitar la creación de “una segunda clase de ciudadanía” tampoco se encuentra razonable la inhibición al nacional de origen

extranjero de aspirar a ciertos cargos públicos de la Nación, por importantes que estos sean.

La segunda misión de los partidos políticos en el sistema democrático es la de funcionar como agentes de libertad en tanto representen una diversidad de concepciones del mundo y –mucho más importante aún– concreten la instalación de las nuevas visiones en el marco social. Esta tarea está íntimamente asociada con la libertad de pensamiento y de opinión, y con la no menos importante libertad de expresión.

Cada período histórico contempla el nacimiento de nuevas ideas y de nuevos modos de ver las cosas. Es importante para el desarrollo el que todas esas nuevas perspectivas, cuando son mejores, puedan tener una aplicación práctica en la vida de la comunidad. Por ello, nuevos partidos políticos vienen a irrumpir en la arena y a desestabilizar el dominio de los grupos tradicionales. Así, del original estado liberal de “dejar hacer, dejar pasar” se desprendió una crítica por el abandono de la parte social y surgió una nueva respuesta, en la propia democracia, por medio de los partidos que aceptando competir en el ámbito de los procesos electorales afirmaban también, a diferencia de la tradición, la necesidad que el Estado tuviese un rol interventor en la Economía.

Durante la última década nos ha tocado presenciar el nacimiento del llamado grupo de los “verdes”. Esto es producto de la creciente conciencia que la Humanidad viene adquiriendo sobre la importancia de preservar los recursos naturales y de hacer un aprovechamiento racional de los mismos, bajo la idea de que la relación entre el ser humano y la naturaleza debe devenir armóni-

ca y no destructiva. Primero fueron los grupos de científicos, y más tarde las ONG como Green Peace. Finalmente el sector social ha crecido y lo que es más ha logrado difundir exitosamente sus puntos de vista y la realidad hoy les ha permitido generar organizaciones político electorales.

El impacto social de los llamados grupos minoritarios es algo que cada vez se está estudiando con más énfasis. Tal influencia no se queda circunscrita a las acciones específicas de partidos políticos como los verdes. Lo interesante es que los propios partidos tradicionales tienen que adaptarse y generar nuevas respuestas para poder así competir frente al entusiasmo que despiertan los nuevos mensajes. De modo que el efecto termina siendo general. Algo similar ocurre con los grupos de mujeres que si bien no han llegado a elegir una posición como la de los verdes, por razones obvias, no obstante han colocado a todos los partidos políticos en la necesidad de abrir espacios a la participación de mujeres en el ejercicio de los cargos públicos.

Así las cosas queda demostrado que el poder social de un partido tiene que ver pero no queda fatalmente restringido a sus dimensiones y a la cantidad de sus adherentes. Los partidos políticos que representan minorías, y los otros medios organizativos por los que estas también se expresan, tienen una importancia capital para el régimen democrático en tanto agencias innovadoras, y concreción práctica de las grandes libertades de pensamiento y de expresión.

La tercera misión de los partidos políticos es, a nuestro juicio, su carácter contralor del ejercicio del poder. Ciertamente la idea de democracia está firmemente apa-

rejada a la existencia de un sistema de “frenos y contrapesos” donde el poder de unos se ve contrarrestado (y así imposibilitado de convertirse en despotismo) precisamente por el poder de los otros.

Un país un solo partido una sola ideología no puede decirse que configuren realmente un sistema democrático. Incluso cuando exista una “razón mayoritaria” para mantener un esquema de tal naturaleza. Todo lo contrario la democracia impone divergencia, debate, contraposición. Si esto no se da no se abre el abanico electoral, se pierde la posibilidad de escoger.

Tan importante como la tarea de legislar es la de controlar el cumplimiento de la ley, la acción del gobierno y la administración que de él depende. El control no es una función exclusiva del órgano legislativo sino que es ejercida por los tribunales constitucionales o judiciales, las contralorías, auditorías, los tribunales de cuenta, el ministerio público, los defensores del pueblo, entre otros. Fuera del Estado existe también un control social ejercido a través de los partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, factores de poder y la opinión pública, expresada principalmente a través de la prensa y los medios masivos de comunicación¹¹.

Así, vemos que los partidos políticos tienen una función contralora “natural” desde la sociedad civil. No obstante también como instituciones que cobijan grupos de legisladores dentro del Poder Legislativo los partidos políticos determinan también allí el curso de muchas investigaciones y críticas, llamados a rendición de cuentas por parte de la oposición cuando el Presidente

¹¹ Gentile, Jorge H. **Derecho Parlamentario Argentino**. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1997. Página 37.

de la República presenta su informe anual, citación a Ministros de Gobierno, y tantas otras tareas que el hacer legislativo hace posible.

No se debe pretender que el control ejercido por los partidos políticos se convierta en un control “jurisdiccional”, asunto que atentaría abiertamente contra los derechos humanos por violación del principio de juez natural. Esto es un problema que se da con alguna regularidad en las llamadas comisiones legislativas de investigación. En ellas los diputados frecuentemente olvidan su rol político y se comportan más bien como juegadores, sin duda un error. No debe pasarse por alto que la investigación judicial debe ser restringida, formal, protectora de garantías mínimas y, finalmente (y es esto lo esencial) sancionadora. En cambio la investigación política es abierta a la mayor participación posible del mayor número de personas interesadas en dar a conocer su opinión, no formal, sin procedimientos prescritos y, en vez de sancionadora, orientadora.

La investigación judicial mira hacia el pasado y establece la justicia que ha de mejorar las cosas en el futuro. La investigación política parte del futuro y examina del pasado únicamente aquello que ha de servir de lección para evitar la comisión de los mismos errores o repetir los aciertos.

La cuarta misión que corresponde a los partidos políticos es, en orden de actualizar el derecho de participación como algo más que el “rito del voto”, la educación política de sus clientes. Esta tarea empieza con la organización de las secciones juveniles de cada agrupación, donde se da oportunidad para que se formen los cuadros que con más entusiasmo brindan sus esfuerzos

para el crecimiento del caudal electoral y de la militancia de estas.

Los dirigentes de la llamada “juventud” del partido en tanto sector deben tener acceso a algunos cargos de representación toda vez que traen los intereses de un sector social muy significativo. Muy a menudo estos espacios les son despojados a los jóvenes e irónicamente aparecen en su representación personas muy mayores. Otro punto conflictivo es el velar por la participación de las mujeres pues suelen ser desplazadas o ignoradas en estas posiciones.

En su trabajo con las comunidades los partidos políticos deben capacitar a la gente sobre el proceso electoral, aspectos medulares como el valor de cada una de las personas para tomar su propia decisión, el secreto del voto, el rol de los fiscales de cada uno de los partidos, de los miembros de mesa, de los guías en los recintos electorales. Qué hacer en caso de conflicto, identificación de las autoridades electorales, entender el rol y los límites de la actuación policial e incluso analizar críticamente la forma como se dan estos derechos entre el sector militar.

De modo que en una primera instancia el partido político sirve como escuela no formal para la educación de las personas en los procedimientos que hacen al sistema democrático y que constituyen la base de un proceso electoral transparente.

Pero también desde el orden material los partidos políticos, al discutir su oferta social, no pueden eludir el explicar cuáles son sus diferencias, cuáles sus puntos de vista sobre la organización de la sociedad, sobre aspec-

tos como el sistema económico, el tamaño del Estado, el poder de las instituciones, la posición del país en la comunidad internacional, entre otros.

La definición de la oferta social del partido en estos distintos renglones permitirá desprender o analizar su posicionamiento ideológico. Es así como sus simpatizantes podrán educarse en la apreciación de los procesos sociales y de gobierno, en el espíritu de la Constitución Política y en todos aquellos otros fenómenos que les competen en tanto afectan directa o indirectamente sus vidas.

En su seno los partidos políticos pueden mantener sectores unidos bajo la misma bandera pero con diferencias sobre el modo de apreciar y valorar alguno o algunos de los temas supra mencionados. Son estos los materiales y las contradicciones que sirven para alentar la discusión en los Congresos Ideológicos, instancias que deben ser convocadas periódicamente a fin de renovar los enfoques y enriquecer las propuestas de cada organización.

El partido político también desarrollará una tarea educativa al dirimir sus propias disputas internas mediante técnicas adecuadas, democráticas y justas. El sistema democrático se basa en el reconocimiento de las diferencias y en la implementación de mecanismos que permiten la convivencia pacífica y el progresivo entendimiento entre los seres humanos. Así, la democracia pone su énfasis no en la aspiración de que todo el mundo piense igual sino en la de que todas las personas puedan compartir a pesar de sus diferencias.

Podemos así apreciar cómo los partidos políticos resumen funciones intrínsecamente vinculadas con la vi-

gencia y práctica de los derechos humanos. Ya sea en su carácter de canales abiertos para la participación política de las personas que conforman el grupo (derecho a la participación/acceso a la función pública), como agentes de pensamiento (libertad de pensamiento/libertad de expresión), en su rol contralor de la gestión pública (principio de legalidad, frenos y contrapesos de la vida democrática) o en su carácter de agencias de educación cívica (derecho a la educación para la vida en democracia). En contraste con esa ambiciosa descripción teórica conocemos del pobre desempeño práctico de la institución, la necesidad imperiosa de su modernización. Este, no otro, es el reto de la ciencia política en nuestro tiempo.

Bibliografía

Cassirer, Ernst. **El mito del Estado**. México. Fondo de Cultura Económica. Colección Popular. 1974.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Duverger, Maurice. **Los partidos políticos**. México. Fondo de Cultura Económica. Reimpresión en 1980 del texto de 1957.

Gentile, Jorge H. **Derecho Parlamentario Argentino**. Buenos Aires. Ediciones Ciudad Argentina. 1997. Página 37.

Lenin. **Tesis presentada al II Congreso de la Internacional Comunista. Esbozo inicial de la tesis sobre la cuestión agraria**. En Obras Escogidas. México. Ediciones de Cultura Popular S.A. Sin fecha.

Marx C. y Engels F. **Manifiesto del Partido Comunista**. En Marx-Engels, **Obras Escogidas**. Moscú. Editorial Progreso. Versión en Español. No indica año.

Michels, Robert. **Los partidos políticos**. Buenos Aires. Amorrortu editores. Tomo primero.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el dieciséis de diciembre de mil novecientos sesenta y seis. Entró en vigor el veintitrés de marzo de mil novecientos setenta y seis.

Sábato, Ernesto. **La resistencia**. Barcelona, España. Editorial Seix-Barral. Segunda edición. Septiembre de 2000.

A propósito del “Caso Cavallo”

*Manuel Becerra Ramírez**

Al Doctor Rodolfo Piza Escalante

Sumario: 1. Introducción; 2. Procedimiento de Extradición México-España; 3. La jerarquía de los tratados en derecho mexicano; 4. Tipos de jurisdicción criminal que generalmente practican los Estados; 5. Delitos internacionales y derechos humanos: una relación estrecha; 6. El reconocimiento de la jurisdicción universal por el derecho interno; 7. La doble criminalidad y la prescripción; 7.1 Genocidio; 7.2 Prescripción del delito de genocidio; 7.3 Tortura; 7.4 Terrorismo; 8. La sentencia de la Suprema Corte del 10 de junio de 2003; 8.1 Los delitos de genocidio y terrorismo no son delitos políticos; 8.2 No se analiza la competencia del tribunal del país requirente; 8.3 Prescripción del delito de tortura; 8.4 Conclusiones

1. Introducción

La historia sobre el proceso para la extradición del ex militar argentino Ricardo Miguel Cavallo o Miguel

* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y Director del Anuario Mexicano de Derecho Internacional.

Angel Cavallo, alias SÉrpico o Marcelo (Cavallo) comenzó el 28 de marzo de 1999 cuando Carlos Castresana, el fiscal español anticorrupción, propuso al Secretariado de la Unión Progresista de Fiscales de España interponer una denuncia contra Jorge Rafael Videla y otros, ante la Audiencia Nacional Española para perseguir desde Madrid los crímenes de la dictadura militar argentina y tres meses más tarde, otra denuncia contra Augusto Pinochet Ugarte y los demás responsables de la “guerra sucia” chilena¹.

A Cavallo se le requiere por la justicia española para su extradición por la supuesta realización de los delitos de genocidio, tortura y terrorismo, delitos de tal magnitud que dan motivo a la jurisdicción universal, y cuya comisión se le imputa, mientras ocupó el cargo de oficial en la Armada de Argentina y además estuvo a cargo de diversas dependencias oficiales como la Escuela Mecánica de la Armada.

Ya en México, el proceso de extradición de Cavallo se inicia cuando es detenido por agentes de la Policía Federal Preventiva, a solicitud de la Interpol-México, el 24 de agosto del año 2000 en el aeropuerto de Cancún, Quintana Roo, México, en sus intentos para regresar a Argentina.

Posteriormente, el 11 de enero de 2001 el Juez Jesús Guadalupe Luna Altamirano (juez Luna), titular del Juzgado Sexto de Distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, dictó la Opinión jurídica 5/200 (Opinión) mediante la cual declaró la proceden-

¹ Castresana, Carlos “Luces y sombras de la Suprema Corte”, *Proceso* 15 de junio, 2003, pág. 30

cia de la extradición internacional para el procesamiento de Cavallo por probable responsabilidad penal en la Comisión de los delitos de genocidio y terrorismo y opinó que el delito de tortura estaba prescrito.

Unos días más tarde, el dos de febrero de 2001, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) expidió el Acuerdo (Acuerdo) que concedió la extradición de Cavallo a España para ser juzgado por los delitos de genocidio, tortura y terrorismo.

El procedimiento judicial continuó ya que la defensa de Cavallo interpuso el Amparo ante el poder judicial federal y finalmente como última resolución, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) dictó sentencia el 10 de junio del año 2003.

El proceso de extradición en México ha despertado interés entre el público general y el especializado en derecho por varias razones. En principio, el caso Cavallo es visto como una respuesta jurídica a las sangrientas dictaduras de finales del siglo XX en el continente americano y como un intento de que los crímenes cometidos por los militares que tomaron el poder violentamente no se queden en la impunidad. Después, el caso Cavallo, ha despertado un gran interés entre los juristas especializados en derecho internacional y derecho penal, sobre todo, porque constituye un eslabón en el afianzamiento de la institución de jurisdicción universal que no está desprovista de recelos y sospechas de muchos especialistas en derecho y de gobiernos, pero que es tomado por muchos como una institución que impide la impunidad y se acerca más a la creación de un sistema de estado de derecho internacional en donde los poderosos, violadores de los derechos humanos, no se escon-

den en las protecciones que el derecho internacional tradicional otorga a los nacionales.

2. Procedimiento de Extradición México-España

El marco jurídico internacional que regula la extradición, en su aspecto procedimental, en el caso de Cavallo esta dado por un tratado internacional y una ley. Con fecha 21 de noviembre de 1978 fue celebrado el Tratado de Extradición y Asistencia Mutua en materia penal entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España que entró en vigor el 1º de junio de 1980². El tratado de Extradición de 1978 fue reformado mediante un Protocolo de 1995, con el cual se reforma el artículo 4, quedando especificado que el terrorismo no se considera como delito político.

El objeto fundamental del tratado de 1978 es la obligación a entregarse recíprocamente “los individuos contra los cuales se haya iniciado un procedimiento penal o sean requeridos para la ejecución de una pena privativa de la libertad impuesta judicialmente como consecuencia de un delito”³.

Como es una regla en los tratados de extradición, el artículo 2 establece la doble criminalidad, es decir, da lugar a extradición “los hechos sancionados, según las leyes de ambas partes, con una pena privativa de libertad cuyo máximo sea superior a un año”⁴.

² D.O.F. 21 de mayo de 1978.

³ Artículo 1 de la Ley de Extradición

⁴ Artículo 2. de la Ley de Extradición.

Esto significa que para que proceda la extradición es necesario:

- que los hechos por los cuales se solicite la extradición sea punible en ambos países de acuerdo a su legislación;
- que los supuestos delitos por los cuales se pide la extradición no estén prescritos y
- que la pena privativa sea superior a un año

Independientemente del tratado de extradición, en México rige como ley supletoria la Ley de Extradición Internacional mexicana de 29 de diciembre de 1975⁵. En efecto, “la ley tiene por objeto determinar los casos y las condiciones para entregar a los Estados que lo soliciten cuando no exista tratado internacional”⁶; es decir, la ley es supletoria del tratado internacional y establece el procedimiento a seguir en la extradición.

Tal como sucede en la Gran Bretaña, el procedimiento de extradición mexicano es mixto, es decir en él participan, al mismo tiempo, los poderes ejecutivo y judicial. Recordemos, como se manifestó en el caso Pinochet, en la Gran Bretaña el Ministro del Interior que tenía la última palabra en el caso participaba conjuntamente con las Cortes inglesas en sus diferentes niveles. En México, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) tiene un papel muy importante en el procedimiento de extradición, desde sus inicios. La SRE es quien recibe la petición formal de extradición y quien primero la examina y si la encuentra improcedente no la

⁵ D.O.F. de 29 de diciembre de 1975, reformas de 4 de diciembre de 1984 y 10 de enero de 1994.

⁶ Artículo 1 de la Ley de Extradición.

admite. Una vez que la solicitud de extradición es admitida, la SRE, “la envía al Procurador General de la República (PGR) acompañando el expediente, a fin de que promueva ante el Juez de Distrito competente que dicte auto mandándola cumplir y ordenando la detención del reclamado”⁷.

El Juez de Distrito si bien tiene una participación esencial, analizando la solicitud de extradición, a fin de cuentas solo dicta una mera opinión; además es irrecusable y lo actuado por él, no admite recurso alguno, tampoco admite cuestiones de competencia. Ante esta instancia judicial se lleva a efecto un procedimiento en el que el “reclamado” tiene posibilidad de defenderse y presentar pruebas, la opinión del Juez de Distrito se remite a la SRE; quien a su vez con base en el expediente y dicha opinión del juez, tiene 20 días para decidir si concede o rehúsa la extradición. La resolución en el sentido de conceder la extradición solo es impugnabile mediante juicio de amparo, lo que en la práctica pasó.

La participación del poder judicial en el proceso mexicano de extradición es de gran importancia pues al final de cuentas, vía amparo, dicta la última palabra

Ahora bien, el 25 de agosto de 2000 el Juzgado Central de Instrucción número cinco de la Audiencia Nacional de Madrid, España solicitó al gobierno de México la detención preventiva con fines de extradición internacional de Ricardo Miguel Cavallo, también conocido como Miguel Ángel Cavallo, Sérépico y Marcelo.

El procedimiento ante el Juez Sexto de distrito en Procesos Penales Federales en el Distrito Federal, Li-

⁷ Art. 21 de la Ley de Extradición.

cenciado Jesús Guadalupe Luna Altamirano se realizó tomando como base los siguientes presupuestos:

La jerarquía de los tratados en el sistema jurídico interno;

- la procedencia de la jurisdicción universal
- la determinación de los límites del procedimiento ante el mismo juez,
- la doble criminalidad;
- la identificación del reclamado y;
- la prescripción de los delitos de genocidio, tortura y terrorismo.

3. La jerarquía de los tratados en derecho mexicano

La tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro “Tratados Internacionales, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal”⁸ ha tenido un efecto de enriquecimiento del sistema mexicano pues si ya con la Constitución era claro que los tratados internacionales son parte del sistema jurídico (son “Ley suprema de la Unión”), con la tesis de la Suprema Corte, lo que se hace es reforzar el nivel de los tratados internacionales en el sistema jurídico mexicano; se produce un fenómeno de reciprocidad, el derecho internacional se inserta directamente en el derecho in-

⁸ Ver: Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo Sosa Edgar; López Ayllón, Sergio; Comentarios Constitucionales. *Cuestiones Constitucionales*, número 3, julio-diciembre, México 2000, pp. 169-208.

terno lo que a su vez produce una internacionalización de los asuntos internos, fenómeno que en el caso de Cavallo es claro. El poder judicial toma la tesis como un elemento clave que apoya la aplicación de los tratados internacionales que inciden en el caso.

4. Tipos de jurisdicción criminal que generalmente practican los Estados

La jurisdicción criminal básica es la territorial, mediante la cual todos los delitos cometidos dentro del territorio de un Estado son sujetos del derecho penal. La jurisdicción puede tomar como punto de referencia la nacionalidad ya sea de las personas, como de las embarcaciones. En este caso, la jurisdicción toma en cuenta la nacionalidad del sujeto activo (el Estado del que es nacional el presunto criminal es el que ejerce el derecho o tiene el derecho de extraditar); o puede ser el sujeto pasivo (en este caso es el Estado de la víctima quien tiene la facultad de solicitar la extradición). También la doctrina de derecho internacional reconoce la jurisdicción del Estado sobre los extranjeros que han cometido un acto en el exterior que es considerado perjudicial a su seguridad. Con razón este tipo de jurisdicción es altamente polémico ya que su ejercicio rebasa las fronteras y viola la soberanía estatal.

Sin embargo, no siempre la jurisdicción es territorial; podemos mencionar que respecto de la territorialidad del derecho penal ya ha habido una expresión en el derecho internacional; desde la década de los veinte ya se reconocía que el derecho penal no es absolutamente territorial. En el asunto Lotus, del año de 1927, la Corte Permanente de Justicia estableció:

Aunque es verdad que en todos los sistemas legales es fundamental el carácter territorial del Derecho Penal, no es menos cierto que todos, o casi todos estos sistemas extienden su jurisdicción a delitos cometidos más allá del territorio del Estado.

La territorialidad del Derecho Penal no es, en consecuencia, un principio absoluto del Derecho Internacional y de ningún modo coincide con la soberanía territorial⁹.

La jurisdicción universal es la que se ejerce sobre una categoría muy específica de actividades punibles; reconocidos como crímenes sobre los cuales hay una preocupación universal y se ejerce independientemente de la nacionalidad del criminal o de la víctima. Este tipo de jurisdicción, se insiste, solo se ejerce respecto de ciertos crímenes gravísimos.

En consecuencia, para que se pueda invocar la jurisdicción universal, es necesario que exista una estructura jurídica internacional que la permita; es decir, tratados, costumbres internacionales que así lo establezcan y por supuesto que ese derecho internacional se vea reflejado en la legislación interna.

Como lo mencionamos anteriormente, en el caso Cavallo el fundamento se encuentra en documentos que tienen un valor jurídico diferente; como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; todos estos instrumentos jurídicos internacionales, de los cuales México es parte y que protegen los derechos a la vida, a la liber-

⁹ Sentencia de 9 de septiembre de 1927, CPJI, Serie A, núm. 10, p. 20.

tad, a la integridad personal, prohíben la tortura y además remiten a otros tratados internacionales.

Tal es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en su artículo 6-3 dice:

Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio, se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusará en modo alguno a los Estados parte del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la Prevención y la Sanción del delito de Genocidio.

De lo anterior, se desprende que no es suficiente que los tratados internacionales establezcan una prohibición para considerarse un delito internacional. Recordemos que los tratados internacionales establecen obligaciones para los Estados de respetar los derechos de los individuos, en caso de incumplimiento, el Estado, no los individuos, incurren en responsabilidad internacional que se puede manifestar de diferentes maneras; entre ellas la de un resarcimiento de daños y perjuicios de la víctima de la violación. En cambio, en derecho penal, es necesario que existan una pena y un tipo, dado los principios de *nullum crimen sine lege* y *nullum poena sine lege*, para que proceda la responsabilidad individual¹⁰.

De esta manera, la Carta del Tribunal de Nüremberg del 6 de octubre de 1945, documento en el que participaron Estados Unidos, Irlanda del Norte, la Unión Soviética, Francia y la Gran Bretaña¹¹ ya contiene en su

¹⁰ El Estatuto de la Corte Penal Internacional (Estatuto de Roma) es muy claro en esto: por una parte, establece la obligación de ceñirse a los dogmas de *nullum crimen* y *nulla poena* (artículos 22 y 23) y por la otra, reconoce la responsabilidad penal individual (art. 25)

¹¹ El antecedente de este Tribunal lo tenemos en la Declaración de

artículo 6 un catálogo de crímenes. Este artículo, bien se puede decir que es un antecedente del actual artículo 5 del Estatuto de Roma que también menciona los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI).

En efecto, la Carta del Tribunal de Nüremberg, establece lo siguiente:

Artículo 6. El tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera, individualmente o como miembros de organizaciones.

Como vemos, la Carta del Tribunal de Nüremberg crea un tribunal internacional específico que pretende crear una competencia universal. A continuación, el artículo 6 define los delitos de crímenes contra la paz, crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad.

Sin duda, este es el punto de partida de la configuración de los tipos de delitos que después se toman o insertan en varios tratados internacionales. Tal es el caso, de la Convención para la Prevención y la sanción del delito de Genocidio de 1948, de la cual, México es parte desde el año de 1952¹².

Moscú de 1 de noviembre de 1943, suscrita por Estados Unidos, Gran Bretaña y la Unión Soviética, que “impuso *orbis et orbe* una jurisdicción universal por los crímenes de guerra, sin localización geográfica precisa” (Blanc, Altemir Antonio; *La violación de los derechos humanos fundamentales como crímenes internacionales*. Bosch, Barcelona, 1990, pág. 17

¹² DOF 11 de octubre de 1952.

Independientemente de que se puede también encontrar el tipo de genocidio, la Convención contiene un artículo que se ha tomado como la base de la jurisdicción universal en materia de delitos de genocidio:

Así, el artículo VI establece:

Las personas acusadas de genocidio o de uno cualquiera de los actos enumerados en el artículo III, serán juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que sea competente respecto a aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción.

En efecto, este artículo reconoce la jurisdicción local en primer lugar y después, en forma alternativa (la “o” así la expresa) la competencia internacional. La cuestión es que en el año de 1948, la Corte Penal Internacional no había nacido. Sin embargo, la intención de las partes negociadoras de la Convención de 1948 era clara, en el sentido de crear una competencia internacional para el delito de genocidio.

Pero, habría que determinar si la jurisdicción internacional es lo mismo que jurisdicción universal. A opinión de Benavides¹³, el artículo 6 esencialmente no va en contra de la aplicación de la jurisdicción universal (ya que el objetivo de la tipificación del crimen de genocidio es prevenir y castigarlo; con una limitación, lo único que haría sería obstaculizarlo). Es lógica la interpretación, sin embargo no deja de producir dudas sobre todo tratándose de derecho penal en donde se exige una aplicación estricta de la normatividad.

¹³ Benavides, Luis, “The universal jurisdiction principle” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. I, México, 2001, pág. 58.

Una forma más clara es la de la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanas o Degradantes que fue ratificado por México el 23 de enero de 1986¹⁴ y que contiene un artículo, el 7.1 que es de gran claridad y al que nos referiremos con más detalle mas adelante.

El juez Luna en el caso Cavallo también recurre, para fortalecer su postura a favor de la jurisdicción universal, al artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que dice:

Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueren delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.

Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Aunque no tiene una aplicación directa a la jurisdicción universal ya que la disposición se refiere a los principios *nullum crimen sine lege* y *nullum poene sine lege*, el mérito de esta disposición es que rescata la costumbre internacional en la aplicación del derecho penal internacional y le da a la jurisdicción universal una gran amplitud ya que comprende los delitos reconocidos por el derecho convencional, más los que el derecho consuetudinario está previendo (según los principios gene-

¹⁴ DOF 6 de marzo de 1986.

rales del derecho reconocidos por la comunidad internacional).

La misma convención, en su artículo 5.3 se remite a la legislación interna otorgándole a soberanía interna la posibilidad de creación de una jurisdicción penal interna:

La presente convención no excluye ninguna jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales.

Ahora bien, ante el juez mexicano el caso de la jurisdicción universal es el aspecto más polémico del procedimiento. En principio, el Juez de Distrito reconoce que el caso es *sui generis*, “pues en el común de los casos, la extradición es solicitada en donde ocurrieron los hechos en contra de un nacional o extranjero...”¹⁵.

La polémica estriba en una “tradicción”, podemos decirlo así, de la aplicación territorial de la ley penal. Lo cual es comprensible porque, precisamente, la jurisdicción es parte esencial de la soberanía estatal. El Estado tiene entre sus funciones resolver las controversias, aplicando el derecho y esa función tiene límites que son precisamente los de su territorio. Sin embargo, aquí está lo interesante del fenómeno. El desarrollo de los derechos humanos durante el siglo XX ha producido la necesidad de que algunos delitos graves sean perseguidos aún fuera del territorio a fin de terminar con la impunidad que normalmente ha existido.

En el caso de México, en su legislación, ya se contempla la posibilidad de la aplicación extraterritorial en

¹⁵ Extradición 5/2000, Juez Sexto de Distrito en procesos penales federales en el Distrito Federal, pág. 29.

el Código Penal y ninguno de estos casos se puede aplicar al caso Cavallo.

En el caso español, la aplicación extraterritorial de la jurisdicción es todavía más clara. A ella se refiere la doctrina española¹⁶ que citada por el juez mexicano Luna, habla que la extraterritorialidad de la ley penal española es una excepción que se clasifica de la siguiente manera:

- Principio personal¹⁷
- Principio real o de protección de intereses¹⁸
- El principio de justicia supletoria¹⁹
- Principio de universalidad o de justicia universal o mundial.

Precisamente, ésta es la fundamentación del caso Cavallo. Este principio de universalidad consiste en la aplicación de la ley penal de un país a determinados hechos que no tengan el elemento de conexión nacional o de protección de intereses. Es decir, el principio se aplica a personas que no sean nacionales y por hechos que no afecten los intereses esenciales del Estado. Sin em-

¹⁶ El juez Luna cita a Luzón Peña, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Editorial Universitas, S.A. p. 202.

¹⁷ “El que se refiere a la condición personal del delincuente como nacional del Estado correspondiente, y al que se le puede aplicar la ley penal de su Estado aunque el ciudadano cometa un hecho en el extranjero”, extradición 5/2000, pág. 36.

¹⁸ Extradición 5/2000, pág. 37 “que se refiere a los supuestos en que el hecho se cometió en el extranjero y con independencia de la nacionalidad de sus autores, afecta intereses o bienes jurídicos importantes para el Estado”.

¹⁹ Se refiere al hecho de que si el delincuente no es extraditado para que sea castigado por otro Estado, se le aplique la ley penal propia para que no quede impune (*aut dedere, aut punire*); Extradición 5/2000 pág. 38.

bargo, si tienen un punto de conexión que son el tipo o la gravedad de los delitos que se han cometido: genocidio, piratería, falsificación de moneda, el narcotráfico o la trata de blancas, por ejemplo, que son delitos que afectan a toda la comunidad internacional y en donde hay un interés en que se persigan y castiguen, para evitar la impunidad. Este principio de jurisdicción universal está consagrado en la Ley Orgánica del Poder Judicial Español de 1985, precisamente en su artículo 23.4 al que nos referiremos más adelante.

5. Delitos internacionales y derechos humanos: una relación estrecha

Ahora bien, en su razonamiento, el Juez Luna une los comentarios de delitos internacionales con el de violación de los derechos humanos. Esta tendencia que ya ha sido tratada en la doctrina de derecho internacional²⁰ es acertada ya que los delitos para ser considerados en su carácter internacional generalmente violan principios fundamentales de derechos humanos; ya que con los actos punibles se afecta la libertad, la vida y la integridad física de las personas; bienes protegidos, tutelados por el derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, tenemos, en principio la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 3, 5 y 9); aquí es notorio que el Juez de Distrito no se mete a discutir sobre la naturaleza jurídica de este documento internacional. Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos 4.1, 5 y 7).

²⁰ Blanc Altemir, *op cit.*, 433 pp.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6, 7 y 9); la Carta del Tribunal Internacional de Nüremberg, de 6 de octubre de 1945, que establece en su artículo 6 un concepto de los delitos o crímenes que el derecho internacional sanciona por su crueldad o gravedad²¹. A su vez, lo dispuesto por este artículo 6 de Nüremberg ha sido el modelo para diferentes convenciones patrocinadas por la Organización de Naciones Unidas (ONU), como la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio del 9 de diciembre de 1948, de la que forma parte Argentina, España y México (artículo 2); Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes del 10 de diciembre de 1984, también ratificada por Argentina, España y México (artículo 10); la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional del 2 de febrero de 1971 (artículos 1 y 2), y también se menciona la Convención de Roma de 1998 que crea la Corte Penal Internacional que si bien no se encuentra en funciones es un punto de referencia ya que codifica el derecho consuetudinario. De esta manera, es valiosa la clasificación y definición de los ilícitos de carácter internacional que la Convención de Roma hace.

También se menciona la Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configuradas en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional de fecha 2 de febrero de 1971 (artículo 2°.)

²¹ Ver: Extradición 5/2000, pág. 44-45.

La creación del Tribunal Internacional para la antigua Yugoslavia por medio de la resolución 808 del 22 de febrero de 1993, del Consejo de Seguridad de la ONU, asimismo la resolución 955 del 8 de noviembre de 1994 emitida por el mismo Consejo de Seguridad, mediante la cual se crea un Tribunal Penal Internacional para Ruanda; también fueron tomados en consideración por el Juzgado de Distrito.

6. El reconocimiento de la jurisdicción universal por el derecho interno

El otro requisito *sine qua non* para que proceda la jurisdicción universal es el derecho interno, la conformación de un marco jurídico que la permita. En el caso de España, es clara. El artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de España establece:

Artículo 23.4

Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los siguientes delitos:

- a. genocidio,
- b. terrorismo,
- c. piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves;
- d. falsificación de moneda extranjera;
- e. los delitos relativos a la prostitución y los de corrupción de menores o incapaces,
- f. tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes,
- g. y cualquier otro que, según los tratados o convenios internacionales, debe ser perseguida en España.

Esta postura del gobierno español tiene su parangón en legislaciones de otros Estados, como Luis Benavides lo observa al citar los casos de Bélgica, Dinamarca, Alemania, Israel, Holanda, Suiza y Estados Unidos²².

Pero, ¿Qué pasa en la legislación mexicana? En el caso Cavallo el juez Luna analiza la fundamentación jurídica de la jurisdicción española, e incluso llega a examinar la cuestión de la retroactividad de la legislación española, pero no se ocupa de estudiar el marco jurídico mexicano en lo que toca a la competencia, se limita a analizar el requisito impuesto por el Tratado de Extradición, de la doble criminalidad. Pero, sabemos que aquí se ven los aspectos del derecho sustantivo, los tipos del o de los delitos que supuestamente cometió el extraditable, no el derecho adjetivo.

El Código Penal Federal (CPF) contiene, en su título segundo (los delitos contra el derecho internacional) los tipos de los delitos de piratería, violación de inmunidad y de neutralidad; en su título tercero (delitos contra la humanidad) la violación de los deberes de humanidad y el genocidio. En el libro segundo se refiere a los delitos de terrorismo, sabotaje y conspiración.

En cuanto a la jurisdicción, el CPF toma una postura territorial alternada. En principio el artículo 1º dice:

Este código se aplicará en toda la República, para los delitos del orden federal.

Los artículos 2, 3, 4, 5 atenúa el territorialismo en su aplicación²³. Además es de comentarse que el artículo

²² Benavides, Luis, *op. cit.*, pp.62-83.

²³ El Código Penal Federal establece textualmente : ARTÍCULO 2º. Se aplicará, así mismo: I.- Por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan o se pretenda que tengan

133 de la Constitución permite la existencia de tipos de delitos en los tratados internacionales.

Sin embargo, no se desprende de estas disposiciones que se permita la jurisdicción universal.

Para el juez mexicano Jesús Guadalupe Luna, la jurisdicción universal es una obligación que se desprende de los tratados internacionales y de la costumbre inter-

efectos en el territorio de la República, y II.- Por los delitos cometidos en los consulados mexicanos o en contra de su personal, cuando no hubieren sido juzgados en el país en que se cometieron. ARTÍCULO 3º. Los delitos continuos cometidos en la República, se perseguirán con arreglo a las leyes de ésta, sean mexicanos o extranjeros los delincuentes. La misma regla se aplicará en el caso de delitos continuados.

ARTÍCULO 4º. Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicanos o contra extranjeros, o por un extranjero contra mexicanos, serán penados en la República, con arreglo a las leyes federales, si concurren los requisitos siguientes: I.- Que el acusado se encuentre en la República; II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquirió, y III.- Que la infracción de que se le acuse tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

ARTÍCULO 5º. Se consideran como ejecutados en territorio de la República:

- I. Los delitos cometidos por mexicanos, por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales; II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto el puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende al caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto;
- III. Los cometidos a bordo de un buque extranjero, surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbare la tranquilidad pública, o si el delincuente o el ofendido no fueren de la tripulación. En caso contrario, se obrará conforme al derecho de reciprocidad; IV.- Los cometidos abordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o aguas territoriales nacionales o extranjeras, en caso análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores, y V.- Los cometidos en las embajadas y legaciones mexicanos.

ARTÍCULO 6º. Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero si en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán estos, tomando en cuenta las disposiciones del libro primero del presente Código y en, su caso, las conducentes del Libro Segundo. Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general.

nacional. Aunque reconoce que la facultad de juzgar se ejerce inicialmente por el Estado, por su jurisdicción interna, y además tiene una jerarquía de *jus cogens* internacional.

En principio, debe decirse que por regla general, los presuntos responsables de crímenes de *lesa humanidad* (entre los que se encuentran comprendidos el de tortura y terrorismo) y el de genocidio, deben ser investigados, juzgados y castigados por el Estado dentro del cual tuvieron lugar los actos ilícitos [...] empero, en algunas ocasiones pueden existir obstáculos en la legislación interna que impiden cumplir con esa obligación [...]

Sin embargo, los obstáculos que pudieran presentarse, no impiden que los tribunales nacionales de otro Estado puedan ejercer su jurisdicción, es más, constituye una obligación el ejercerla, como las establecidas en las supraindicadas convenciones multilaterales; esto, inclusive, aunque el crimen haya sido cometido en otro Estado o el autor no sea nacional del país, más aun, ante la falta de una Corte Penal Internacional encargada de juzgar a los responsables de tales crímenes considerados dentro del derecho internacional²⁴.

Esta observación es congruente con lo que se desprende del artículo 7.1 de la Convención contra la Tortura que dice:

1. El Estado Parte en el territorio de cuya jurisdicción sea hallada la persona de la cual se supone que ha cometido cualquiera de los delitos a que se hace referencia en el artículo 4, en los supuestos previstos en el artículo 5, si no procede a su extradición, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento [...]

²⁴ Extradición 5/2000.

Este artículo es claro en cuanto que no exige, para conceder la jurisdicción, que la persona que pudiera cometer un crimen, lo cometa dentro del territorio del Estado de que se trate, y es claro en cuanto que contiene el principio de *aut dedere, aut punire*, y que en este caso está expresado así: “sino procede a su extradición someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento”.

No obstante lo anterior, el juez Luna, en su opinión se muestra cauteloso ya que pide “algún punto de conexión con el cual se identifique al Estado” y a su juicio se manifiesta en las siguientes circunstancias:

- La competencia del Estado para conocer de los delitos considerados en el derecho internacional deben encontrar su fundamento en la legislación interna.
- En dicha legislación interna se debe especificar los supuestos por los cuales procede, como pueden ser: el que se atente contra la seguridad del mismo, o bien que el sujeto activo o las víctimas sean nacionales o cualquier otra circunstancia que lo relacione.
- Que no procede cuando los actos violatorios “ya hubieren sido juzgados en el lugar en que se cometieron”²⁵.

Entonces, hay una relación recíproca entre el marco jurídico internacional y el marco jurídico interno. Por un lado, los tratados internacionales establecen obligaciones a los Estados parte de legislar en cierta dirección:

Art. 2.1 Todo Estado parte tomará medidas legislativas, administrativas, judiciales o de otra índole efica-

²⁵ Extradición 5/2000.

ces para impedir los actos de tortura en todo territorio que esté bajo su jurisdicción²⁶.

O bien,

Todo Estado parte tomará asimismo las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre estos delitos en los casos en que el presunto delincuente se halle en cualquier territorio bajo su jurisdicción y dicho Estado no concede la extradición, con arreglo al artículo 8, a ninguno de los Estados previstos en el párrafo 1 del presente artículo²⁷.

Es decir, encontramos aquí el principio *aut dedere, aut punire*.

Lo mismo sucede, en el caso de la Convención sobre genocidio, aunque de una manera más escueta.

Artículo V. Las partes contratantes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus constituciones respectivas, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente convención, y especialmente a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio o de cualquier otro de los actos enumerados en el artículo III.

También, las Convenciones de Ginebra de 1949 que son la base del derecho humanitario internacional establecen este tipo de obligaciones²⁸.

La misma convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa huma-

²⁶ Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes (Convención contra la tortura).

²⁷ Art. 5.2 de la Convención contra la tortura.

²⁸ Ver Fraidenraij, Susana, "Relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional: el desafío de la implementación", en Fraidenraij, Susana y Méndez Silva, Ricardo, compiladores, *Elementos de derecho internacional humanitario*, UNAM, México, 2001, pp. 157-168.

nidad de 1968 contiene la disyuntiva expresada en el principio *aut dedere, aut punire*, cuando en su artículo III “se obliga a los Estados contratantes a adoptar todas las medidas internas que sean necesarias, legislativas o de cualquier otro orden, con el fin de hacer posible la extradición, de conformidad con el derecho internacional de las personas a que se refiere el artículo II de la presente Convención”.

De todas maneras, esta obligación de juzgar a los perpetradores de los graves delitos de la humanidad independientemente de donde cometieron su ilícito tiene una naturaleza consuetudinaria, como lo reconoce el juzgador mexicano:

Ciertamente la jurisdicción supranacional o extraterritorial, concebido en el seno del derecho consuetudinario, y plasmado en diversas convenciones multilaterales [...] ²⁹

Sin embargo, en el caso mexicano surge la cuestión sobre si es posible invocar las normas que derivan de la costumbre internacional. La Constitución no la reconoce. Sin embargo, sería absurdo que la costumbre no se aplicara en el sistema jurídico mexicano. La respuesta a este cuestionamiento se da a través, precisamente de los tratados internacionales. México es parte de la Carta de San Francisco que al mismo tiempo contiene el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y como sabemos, el artículo 38 contiene las fuentes del Derecho Internacional. Entonces podemos interpretar que al ser la Carta de San Francisco la “ley suprema de toda la Unión” en nuestro país de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución le es aplicable también la disposición en relación con las fuentes de derecho internacional.

²⁹ Extradición 5/2000, pág. 58.

7. La doble criminalidad y la prescripción

El análisis hecho tanto por el juez Luna como por la SRE para probar la doble criminalidad tiene coincidencias y solamente algunas diferencias que no son de fondo. Con base en el análisis de la legislación interna y los tratados internacionales de los que ambos países, España y México, son partes, ambas instancias de gobierno concluyen que se da la doble criminalidad para los delitos de genocidio, tortura y terrorismo. Sin embargo, en lo relativo a la prescripción hay diferencias fundamentales ya que por un lado el Juez Luna considera que tanto los delitos de genocidio como de terrorismo no están prescritos y el delito de tortura esta prescrito, apoyándose fundamentalmente en el derecho interno. En el caso de la SRE, su opinión es que los tres delitos están vigentes, no están prescritos y se fundamenta en el derecho interno e internacional. En su alegato sobre derecho interno se basa en la figura de la acumulación que se da cuando alguien es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos y en ese caso se toma la pena del delito mas grave, que en el caso concreto es el del genocidio.

7.1 Genocidio

En la legislación española, el delito de genocidio se encontraba contemplado en el artículo 137 bis, inciso a), del Código Penal Español, desde 1971 y a lo largo de toda la época de los hechos (1976-1983), catalogado contra el derecho de gentes³⁰. Sin embargo, en la soli-

³⁰ Dicho delito estaba definido en los siguientes términos:

“Artículo 137 bis, inciso a).

“Los que, con propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo

cidad formal de extradición se manifiesta que actualmente el delito de genocidio se encuentra previsto en el artículo 607 del Código Penal Español en vigor³¹.

nacional étnico, racial o religioso perpetraren alguno de los actos, serán castigados:”

“1º Con la pena de reclusión mayor si causaren la muerte, castración, esterilización, mutilación o lesión grave a alguno de sus miembros.”

“2º Con la de reclusión menor, si sometieren al grupo o a cualquiera de los individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud.”

“En la misma pena incurrirán los que llevaren a cabo desplazamientos forzosos del grupo o de sus miembros, adoptaren cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción o bien trasladaren individuos por la fuerza de un grupo a otro.”

La pena de reclusión mayor a que se refiere este precepto es la que oscila entre 20 años y un día y 30 años y la menor entre 12 años un día y 20 años, conforme al artículo 30 del Código Penal Español entonces vigente.

³¹ El Artículo 607 establece:

“1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

1. Con la pena de prisión de quince a veinte años, si mataran a alguno de sus miembros.

Si concurrieran en el hecho dos o más circunstancias agravantes, se impondrá la pena superior en grado.

2. Con la prisión de quince a veinte años, si agredieran sexualmente a algunos de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

3. Con la prisión de ocho a quince años, si sometieran al grupo o a cualquiera de sus individuos a condiciones de existencia que pongan en peligro su vida o perturben gravemente su salud, o cuando les produjeran algunas de las lesiones previstas en el artículo 150.

4. Con la misma pena, si llevaran a cabo desplazamientos forzosos del grupo o sus miembros, adoptaran cualquier medida que tienda a impedir su género de vida o reproducción, o bien trasladaran por la fuerza individuos de un grupo a otro.

5. Con la prisión de cuatro a ocho años, si produjeran cualquier otra lesión distinta de las señaladas en los números 2. y 3. de este apartado.

2. La difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos tipificados en el apartado anterior de este

En cuanto a la legislación mexicana el delito de genocidio está previsto desde el 20 de enero de 1967 en el primero de los párrafos del Artículo 149 bis del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, en los siguientes términos:

Comete el delito de genocidio el que con el propósito de destruir, total o parcialmente a uno o más grupos nacionales o de carácter étnico, racial o religioso, perpetrare por cualquier medio, delitos contra la vida de miembros de aquéllos, o impusiere la esterilización masiva con el fin de impedir la reproducción del grupo.

Los demás párrafos del mismo precepto prevén las sanciones aplicables a diversas hipótesis:

Por tal delito se impondrán de veinte a cuarenta años de prisión y multa de quince mil a veinte mil pesos.

Si con idéntico propósito se llevaren a cabo ataques a la integridad corporal o a la salud de los miembros de dichas comunidades o se trasladaren de ellas a otros grupos menores de dieciséis años, empleando para ello la violencia física o moral, la sanción será de cinco a veinte años de prisión y multa de dos mil a siete mil pesos.

Se aplicarán las mismas sanciones señaladas en el párrafo anterior, a quien con igual propósito someta intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial.

En caso de que los responsables de dichos delitos fueren gobernantes, funcionarios o empleados públicos y los cometieren en ejercicio de funciones o con motivo

artículo, o pretendan la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos, se castigará con la pena de prisión de uno a dos años.”

de ellas, además de las sanciones establecidas en este artículo se les aplicarán las penas señaladas en el artículo 15 de la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación.

Se trata por tanto de un delito penado por la legislación mexicana, con una sanción mayor a un año, con lo que se cumplen los requisitos exigidos por el numeral 1 del Artículo 2 del Tratado bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal.

7.2 Prescripción del delito de genocidio

Uno de los puntos mas destacados es el relativo a la prescripción. Al respecto, la SRE razona que, el entonces vigente Código de 1931 disponía, en su Artículo 105, que:

La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años.

En aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 40 años pero, en virtud del Artículo 118, la prescripción se computa con base en el término medio aritmético, que sería de 30 años, (en el entendido de que el término de la prescripción de la acción, según ese precepto, es el mismo que el de la sanción. Sin embargo, en su Artículo 64³² el Código contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes”. (Por tratarse de delito que se persigue de oficio, no le son aplicables las reglas de prescripción de los Artículos

³² El artículo 64 establece: “en caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52.”

107 a 109 referentes a los delitos perseguibles por que-
rella de parte).

La Secretaría de Relaciones Exteriores recurre al concepto de acumulación de delitos para fundamentar que el delito de genocidio no esta prescrito en el caso concreto.

Dado que el delito mayor en este caso es, como se verá más adelante, precisamente el de genocidio, entonces conforme al Artículo 64 la prescripción mínima en este caso de acumulación para éste y los otros dos delitos es de 30 años.

Se está frente a una acumulación en los términos del Artículo 18 del mismo Código, porque éste dispone:

“Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlas no está prescrita³³.

Es de notarse que el Acuerdo de la Secretaría de Relaciones Exteriores se basa en la costumbre internacional al reconocer que el delito de genocidio es “nacido primero de la costumbre internacional y eventualmente codificado en un tratado, como lo fue la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948, de la que España y México son Partes”³⁴.

³³ Acuerdo del Secretario de Relaciones Exteriores, de fecha 2 de febrero del año dos mil uno

³⁴ La Secretaría de Relaciones Exteriores en su Acuerdo hace referencia a los casos: del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia, que en su fallo rendido el 7 de mayo de 1997 en el caso *Dusko Tadic* analiza la cuestión del carácter consuetudinario en derecho internacional humanitario, de la prohibición del delito de genocidio y otros crímenes de lesa humanidad; también el Acuerdo hace referencia al fallo dictado por el Tribunal Penal para Ruanda establecido en 1994 por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que confirmó la jurisprudencia internacional del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en relación con el delito de genocidio, en el fallo rendido el 2 de septiembre de 1998 en el caso *Jean-Paul Akayesu*.

Sin embargo, en una especie de trapezio, da un salto sin antes fundamentarlo en derecho internacional y con base en el derecho interno afirma que el delito de que se trata no está prescrito, por lo que se cumple con lo exigido en la materia por el Artículo 10 del Tratado bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal.

7.3 Tortura

En lo correspondiente a la tortura , éste delito se encontraba contemplado en el artículo 204 bis, del Código Penal Español vigente en la época de los hechos³⁵.

En la actualidad el delito de tortura se encuentra contemplado en el artículo 174 del Código Penal Español, que a la letra señala:

1. Comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra su integridad moral. El culpable de tortura será castigado con la pena de prisión de dos a seis años si el atentado fuera grave, y de prisión de uno a tres años si no lo es. Además de las penas señaladas se impondrá, en todo caso, la pena de inhabilitación absoluta de ocho a doce años.

³⁵ Textualmente el artículo 204 Bis establecía: “La Autoridad o funcionario público que, en el curso de la investigación policial o judicial, y con el fin de obtener una confesión o testimonio, cometiere alguno de los delitos previstos en los capítulos I y IV del título VIII y Capítulo VI del título XII de éste Código, será castigado con la pena señalada al delito en su grado máximo y, además, la de inhabilitación especial”.

2. En las mismas penas incurrirán, respectivamente, la autoridad o funcionario de instituciones penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que cometiere, respecto de detenidos, internos o presos, los actos a que se refiere el apartado anterior.

Como es evidente el delito de tortura era entonces y es ahora punible con una pena mayor a un año de prisión. Además, en cuanto a la prescripción, el delito prescribía en la época de los hechos a los 20 años, conforme a los Artículos 113 y 114 del Código Penal Español y, actualmente, dicha cifra permanece en el Artículo 131 del Código vigente, anota la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Por su parte, en lo que toca a la legislación mexicana hay que tomar en cuenta que las fracciones II y IV del Artículo 214 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, vigente en la época de los hechos, no se refería a la tortura sino a las misma conductas bajo el nombre de “abuso de autoridad”, imputable a “todo funcionario público, agente del gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría”³⁶. A esto hay que agregar el fundamento constitucional que se encuentra en el Artículo 22 de la Carta Fundamental, que prohíbe las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

³⁶ “II. Cuando ejerciendo sus funciones o con motivo de ellas, hiciere violencia a una persona sin causa legítima o la vejare injustamente o la insultare”

o

“IV. Cuando ejecute cualquiera otro acto arbitrario, y atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución”.

Sumémosle a lo anterior, que México es parte de diversos tratados internacionales como la Convención Americana que establece en su artículo:

Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Lo anterior lleva a concluir que en cuanto al principio de doble incriminación que exige el Artículo 2 numeral 1 del Tratado bilateral de Extradición y Asistencia Mutua en Materia Penal, éste queda cumplido con la citada disposición del referido Código Penal de 1931, que además posteriormente fue elevada a Ley Suprema de la Unión mediante la participación de México en el Pacto de 1966 y en la Convención de 1969.

Ahora bien, hace notar la Secretaría de Relaciones Exteriores, en materia de prescripción, el entonces vigente Código Penal disponía, en su Artículo 105, que:

La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años.

En aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 3 años. Sin embargo, en su Artículo 64 el Código Penal contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes”:

Artículo 64. En caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52.

Con base en esta disposición la Secretaría de Relaciones exteriores recuerda que en el caso el delito mayor es el de genocidio, previsto en el Artículo 149 bis del Código Penal y penado en la misma disposición con 20 a 40 años de prisión y que, conforme al Artículo 118 de ese ordenamiento, para la prescripción se debía tomar como base el término medio aritmético de dicha pena, entonces conforme al Artículo 64 la prescripción mínima en este caso de acumulación para los tres delitos es de 30 años.

Aquí es importante destacar la postura de la Secretaría de Relaciones Exteriores que de alguna manera hace valer el derecho consuetudinario internacional al remarcar que tanto México como España “son parte de un conjunto de convenciones multilaterales que contienen disposiciones expresas que prevén el delito de tortura, cuya jerarquía en derecho internacional general permite sostener que esta prohibición es: 1) una norma consuetudinaria oponible *erga omnes*; 2) no-derogable, ni siquiera en casos de emergencia nacional; y 3) por lo tanto, poseyendo un rango de norma imperativa de derecho internacional general”.

Estas afirmaciones son apuntaladas por las siguientes:

A la luz de lo anteriormente expuesto, resulta también de la mayor importancia, reiterar que cualquier interpretación o aplicación de las reglas de prescripción en derecho mexicano, que tuviese el efecto de precluir, por prescripción, la posibilidad de perseguir y castigar el delito de tortura, tendría no solamente dicho efecto necesario de que México incumpliera con sus obligaciones internacionales en la materia (y muy independientemente de la responsabilidad jurídica internacio-

nal que con dicho incumplimiento podría imputársele al país), sino que tendría además el efecto de agraviar a todos los demás beneficiarios de dichas obligaciones, que son los demás individuos que se encuentran en territorio nacional, y que tienen derecho a que el estado mexicano mantenga vigente en toda circunstancia la posibilidad de perseguir y castigar ese delito.

De lo anterior se pueden desprender tres aspectos importantes en relación con la posible prescripción del delito de tortura:

- si es declarado la prescripción México incumpliría con sus obligaciones internacionales;
- lo cual traería en consecuencia la imputación de responsabilidad internacional para el Estado mexicano; y
- agraviaría a todos los demás individuos que se vean afectados por un delito de tortura.

7.4 Terrorismo

En lo que toca a la legislación española, el delito de terrorismo se encontraba contemplado y se penaba con sanciones mayores a un año en los artículos 173, 174 y 174 bis, inciso b) del Código Penal Español vigente en la época de los hechos (1976-1983)³⁷.

³⁷ “Artículo 173. Son asociaciones ilícitas:

1º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.

2º Las que, aún teniendo por objeto un fin lícito emplearen medios violentos para su consecución.

3º Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar.

4º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella”.

“Artículo 174. En los casos previstos en el artículo anterior se impondrán las siguientes penas:

La pena de reclusión mayor a que se refiere este precepto es la de 20 años y un día a 30 años y la menor de 12 años y un día a 20 años conforme a lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal español entonces en vigor.

El delito prescribía en la época de los hechos a los 20 años, conforme a los Artículos 113 y 114 del Código Penal Español y, actualmente, dicha cifra permanece en el Artículo 131 del Código vigente.

Actualmente el delito se encuentra previsto y sancionado en los artículos 515, 516-2º y 571 en vigencia del Código Penal Español³⁸:

1º A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones mencionadas, las de prisión menor, inhabilitación especial y multa de 250.000 a 2.500.000 pesetas.

2º A los miembros activos, la de arresto mayor.

Dichas penas se impondrán en su grado máximo cuando se hubiere cometido algún delito contra la vida o la libertad de las personas, sin perjuicio de la pena que por éstos correspondiere.

3º A los promotores y directivos de bandas armadas o de organizaciones terroristas o rebeldes y a quienes dirigieran cualquiera de sus grupos, las de prisión mayor en su grado máximo y multa de 150.000 a 750.000 pesetas. A los integrantes de las citadas bandas u organizaciones la prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas.

Asimismo se acordará la disolución de la asociación ilícita”.

“Artículo 174 bis, b). El que integrado en una banda armada u organización terrorista o rebelde, o en colaboración con sus objetivos y fines, realizare cualquier hecho delictivo que contribuya a la actividad de aquellas, utilizando armas de fuego, bombas, granadas, sustancias o aparatos explosivos, inflamables o medios incendiarios de cualquier clase, cualquiera que sea el resultado producido, será castigado con la pena de prisión mayor en su grado máximo, a menos que por razón del delito cometido corresponda pena mayor. A los promotores y organizadores del hecho, así como a los que hubieren dirigido su ejecución, les será impuesta la pena de reclusión menor”.

³⁸ Artículo 515.

Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración;

1. Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.
2. Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

En lo tocante a la legislación mexicana, el delito de terrorismo se encuentra contemplado y penado con sanciones mayores a un año, desde 1970 y hasta la fecha, en el artículo 139 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, ahora Código Penal Federal³⁹.

-
3. Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.
 4. Las organizaciones de carácter paramilitar.
 5. Las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, razón o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, o inciten a ello.”

“Artículo 516.

En los casos previstos en el número 2 del artículo anterior, se impondrán las siguientes penas:

1. A los promotores y directores de las bandas armadas y organizaciones terroristas, y a quienes dirijan cualquiera de sus grupos, las de prisión de ocho a catorce años y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.
2. A los integrantes de las citadas organizaciones, la de prisión de seis a doce años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.”

“Artículo 571.

Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física o salud de las personas.”

³⁹ El artículo 139 establece “ Se impondrá pena de prisión de dos a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos, sin perjuicio de las penas que correspondan por los delitos que resulten, al que utilizando explosivos, sustancias tóxicas, armas de fuego o por incendio, inundación, o por cualquier otro medio violento, realice actos en contra de las personas, las cosas o servicios al público, que produzcan alarma, temor, terror en la población o en un grupo o sector de ella, para perturbar la paz pública, o tratar de menoscabar la autoridad del Estado, o presionar a la autoridad para que tome una determinación.

Se aplicará pena de uno a nueve años de prisión y multa hasta de diez mil pesos, al que teniendo conocimiento de las actividades de un terrorista y de su identidad, no lo haga saber a las autoridades.”

En materia de prescripción, la Secretaria de Relaciones Exteriores utiliza la argumentación de la acumulación, como lo hizo con los dos delitos anteriores y razona que el entonces vigente Código de 1931 disponía, en su Artículo 105, que:

La acción penal prescribirá en un plazo igual al tiempo de la sanción corporal que corresponda al delito; pero en ningún caso bajará de tres años.

Además agrega la SRE que en aplicación de esta disposición, el delito de que se trata prescribiría entonces en 40 años pero, en virtud del Artículo 118 la prescripción se computa sobre la base del término medio aritmético que, en este caso, sería de 21 años. Sin embargo, en su Artículo 64 el Código contenía, para el caso de acumulación, una clara disposición en materia de “Aplicación de sanciones a los responsables de varios delitos y a los reincidentes”

Artículo 64. En caso de acumulación, se impondrá la sanción del delito mayor, que podrá aumentarse hasta la suma de las sanciones de los demás delitos sin que nunca pueda exceder de 40 años, teniendo en cuenta las circunstancias del artículo 52.

Dado que el delito mayor en este caso es, como se vió anteriormente es el de genocidio, que prescribe a los 30 años, entonces conforme al Artículo 64 la prescripción mínima en este caso de acumulación para éste, como para los otros dos delitos, es de 30 años, (en el entendido de que el término de prescripción de la acción, según ese precepto, es el mismo que el de la sanción).

Se está frente a una acumulación en los términos del Artículo 18 del mismo Código, porque éste dispone:

Hay acumulación siempre que alguno es juzgado a la vez por varios delitos, ejecutados en actos distintos, si

no se ha pronunciado antes sentencia irrevocable y la acción para perseguirlas no está prescrita.

Es decir en los tres delitos se toma como referencia para la prescripción el delito de genocidio que es el de mayor gravedad y mayor sanción

8. La sentencia de la Suprema Corte del 10 de junio de 2003

Como última decisión de uno de los poderes de la Federación mexicana tiene la característica de constituirse en la *opinio juris* del Estado mexicano. En forma puntual y concreta, la postura de la Suprema Corte se reduce a los siguientes puntos:

8.1 Los delitos de genocidio y terrorismo no son delitos políticos

La Suprema Corte aduce que el delito de genocidio “no tiene la naturaleza de político por ser un ilícito contra la humanidad que tutela la integridad de los grupos humanos de orden nacional, racial, lingüístico o religioso por virtud de su propia naturaleza o carácter, y no así la organización política del Estado o los derechos políticos de sus ciudadanos”⁴⁰.

Esta afirmación tiene que ver con la prohibición de extradición que esta en la generalidad de los tratados de extradición respecto de “reos políticos” como reza el artículo 15 de la Constitución mexicana. También es trascendente la jerarquía que se le da al delito de genocidio: “un ilícito contra la humanidad”, lo cual en un derecho internacional que reconoce jerarquías, como el derecho

⁴⁰ Amparo en Revisión 140/página VI de la Síntesis.

imperativo internacional, este calificativo es muy trascendente,

En lo que toca a la afirmación de que el delito de terrorismo “tampoco es de naturaleza política por ser un ilícito contra la seguridad nacional y de las personas”⁴¹, es una afirmación correcta y esta explorado el asunto en la doctrina de derecho internacional⁴².

8.2 No se analiza la competencia del tribunal del país requirente

Una postura interesante y también polémica de la Suprema Corte es la que se expresa en el considerando duodécimo de la sentencia de la Suprema Corte que explica que:

[...] debe concluirse que en el procedimiento de extradición a requerimiento de Estado extranjero, no es factible que las autoridades de México analicen la competencia del tribunal del país requirente, ya que de lo contrario sería necesario realizar un análisis o estudio de la legislación interna del país requirente, a fin de determinar la legalidad o ilegalidad de la determinación de competencia efectuada por el tribunal que emitió la resolución judicial con base en la cual se pide la extradición, vulnerándose con ello la soberanía del Estado requirente, porque se conculcaría la facultad de dicho tribunal para analizar esa cuestión cuando fuese oportuno en el proceso penal correspondiente. De ahí lo infundado del agravio a estudio.

⁴¹ Idem

⁴² “El terrorismo viene a ser el arquetipo de *hostes humanis generis*, lo cual representa una amenaza para la paz y el orden internacional, y plantea, además, una grave amenaza en contra de la humanidad” (Gómez Robledo, Verduzco, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, UNAM, México, 2000, pág. 123).

El asunto de la competencia es de gran importancia, fue planteado por la defensa de Cavallo, alegando la carencia de competencia del gobierno español “para solicitar la extradición de Cavallo y ser juzgado por hechos ocurridos en Argentina. La Suprema Corte no se mete al análisis de la competencia del gobierno español, no obstante lo dispuesto en el artículo 10-II de la ley de Extradición Internacional:

El Estado mexicano exigirá para el “trámite de la petición, que el Estado solicitante “(sic) se comprometa: [...] III. Que el presunto “extraditado será sometido a tribunal competente, “establecido por la ley con anterioridad al delito “que se le imputa en la demanda, para que se le “juzgue y sentencie con las formalidades de derecho [...]”

A juicio de la Suprema Corte esto no implica analizar la competencia de los tribunales del país requirente, ya que su deber es sólo pedir que el presunto extraditado sea sometido tribunal competente; de otra manera se puede violar la soberanía, en este caso de España. Esta interpretación de la Suprema Corte, celosa del respeto de la soberanía de España, no satisfizo a mucha gente, por razones diferentes y en las que se manifiestan los puntos de vista de dos corrientes, bastante claras, la de los internacionalistas y la de los territorialistas.

En principio, desde una posición que podemos denominar territorialista, el Ministro Humberto Román Palacios emitió un voto particular en que expone su postura en contra de la decisión de la Corte de no calificar la competencia del Estado requirente. Su voto disidente lo fundamente en los siguientes puntos:

- El artículo 10-II de la ley mexicana de Extradición Internacional sí obliga a calificar la competencia del

tribunal requirente, ya que el presunto extraditado debe ser juzgado ante tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa;

- el presunto extraditado deba ser juzgado ante tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa, y en el caso concreto al quejoso Ricardo Miguel Cavallo se le atribuyen delitos cometidos durante la dictadura argentina que tuvo lugar en el periodo comprendido del veinticuatro de marzo de mil novecientos setenta y seis al diez de diciembre de mil novecientos ochenta y tres, es claro que para que proceda su extradición al Estado requirente debe ser juzgado en aquel país por un tribunal competente establecido por ley con anterioridad a esas fechas, esto es anterior a mil novecientos setenta y seis;
- Sin embargo, el Juzgado Central de Instrucción Número Cinco de la Audiencia Nacional de España, en el cual pretende juzgarse al quejoso, funda su competencia en la jurisdicción universal desprendida del artículo 23, apartado cuarto, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Español, de primero de julio de mil novecientos ochenta y cinco, publicado en el Boletín Oficial del Estado el dos del propio mes y año y en vigor a partir del día siguiente, esto es, dicha ley fue expedida con posterioridad a los hechos ilícitos que se le atribuyen al ahora quejoso;
- El Estado mexicano no puede acceder a la solicitud de extradición formulada por el Estado español a fin de extraditar a ese país a Cavallo, para ser juzgado por los hechos ilícitos materia de la citada solicitud,

porque, no sería juzgado por tribunal competente establecido por la ley con anterioridad al delito que se le imputa, infringiéndose así lo dispuesto en el artículo 10, fracción III, de la Ley de Extradición Internacional,

- El Estado requirente carece legalmente de jurisdicción para juzgar a Cavallo por el delito de genocidio, ya que la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio convino que las personas acusadas de genocidio y de los demás ilícitos enumerados en el artículo III del propio ordenamiento, serían juzgados por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la Corte Penal Internacional que fuese competente respecto de aquellas de las partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción; esto es, en dicho ordenamiento internacional sólo se le reconoció jurisdicción a los tribunales del lugar de los hechos o un tribunal internacional cuyas partes contratantes hayan reconocido su jurisdicción;
- En esas condiciones, es inconcuso que el Estado Mexicano no puede reconocerle jurisdicción al Reino de España para juzgar a Ricardo Miguel Cavallo por el delito de genocidio, porque con base en el Convenio sobre Genocidio, México sólo puede reconocerle jurisdicción, esto es, competencia legal para conocer del delito de genocidio y los demás hechos ilícitos descritos en el artículo III, del propio convenio, a los tribunales del Estado en cuyo territorio se hayan cometido los hechos ilícitos o a la Corte Penal Internacional a la cual las partes contratantes hayan reconocido su jurisdicción.

Se evidencia del voto disidente del Ministro Palacios una negativa de enfocar el asunto desde la perspectiva internacional; y esto puede ser entendible para los profesionales, aún de alto nivel, que tienen una vida resolviendo asuntos ajenos a las categorías del derecho internacional.

En la misma tónica están el voto de la minoría de los Ministros Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan Días Romero, para quienes en interpretación del Artículo VI de la Convención de Genocidio, Cavallo “puede válidamente ser juzgado por el delito de genocidio, sólo por un tribunal argentino o por la Corte Penal Internacional, sin que se estime pertinente la aplicación de principios de “justicia universal”, pues independientemente de que por ahora carecen de certeza y seguridad, nuestra Constitución no autoriza su adopción”.

Ahora bien, desde otra óptica, la cual podemos denominar como internacionalista, el Fiscal de la Fiscalía Anticorrupción, Carlos Castresana, la Suprema Corte de Justicia perdió la gran oportunidad, para que, sin florituras, declarara la jurisdicción universal. Para eso sólo bastaba revisar las Convenciones de Ginebra de 1949 (artículos 49 del Convenio I, el 50 de la Convención II, el 129 de la Convención III y el 146 de la Convención IV) y la jurisprudencia internacional⁴³.

⁴³ Castresana afirma al referirse a la jurisdicción universal: “Como ha reconocido la Corte Suprema de Alemania, en sentencia del 21 de febrero del 2001, se trata de una norma de *ius cogens* de derecho internacional: obligatoria, por tanto, para los tribunales mexicanos. Así pues, la jurisdicción universal se sustenta sobre la base de la existencia de bienes jurídicos supranacionales y, en consecuencia, es un derecho/deber de todos los Estados proteger esos bienes jurídicos de derecho internacional y perseguir a quienes los lesionan, considerados *hostis humani generis*, enemigos del género humano.

En efecto, en forma abundante y reiterada en los expedientes de la SRE, del Juzgado de Distrito que emitió la Opinión y aún en el expediente formado ante el la Suprema Corte de Justicia se encuentran los elementos de derecho internacional para fundamentar la jurisdicción universal.

8.3 Prescripción del delito de tortura

Otra vez, desde una perspectiva territorialista, la Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el delito de tortura, como lo afirmó el Juez Luna, está prescrito. En efecto, basándose en el derecho interno, el más alto tribunal de México concluye que no procede la acumulación de delitos, como lo plantea la SRE, y en consecuencia los delitos y su prescripción se analizan individualmente y por lo que es, desde esta perspectiva, fácil afirmar que ya prescribió el delito de tortura.

Desde la perspectiva internacional, que se omitió en términos generales, se olvidaron sentencias célebres, como la dictada por el Tribunal para la ex Yugoslavia en el caso *Furundzija y Celebici*:

En este sentido, se han pronunciado el Tribunal Constitucional alemán, Sala II, en el caso *Bosnia Herzegovina*, la Sentencia *Eichmann* de la Corte Suprema de Israel, la Cámara de los Lores británica y muchos otros tribunales. Esa doctrina, que podía y debía haber sido declarada por la Suprema Corte, es particularmente importante, por obvias razones, para un país como México, que tiene a más de un 10% de su población viviendo fuera de sus fronteras, muchas veces en una situación de desprotección extrema.

Esa elusión de la cuestión podría haber obedecido a consideraciones de orden doméstico, pero en tal caso, el propósito de evitar, por comprometido, tal pronunciamiento, sería tan vano como querer almacenar el agua en un cesto de mimbre. La jurisdicción universal está ahí y seguirá estando, la reconozcan o no los tribunales mexicanos. Si la reconocen, eso impedirá a los jueces mexicanos dar protección a personas de otras nacionalidades, pero no evitará que los mexicanos vayan a buscar en otra parte la justicia que pueda serles negada en su tierra, a la que tienen derecho, y cuya tutela, que es el primer deber de los jueces mexicanos, puede serles reconocida también por los otros países” (Castresana, op cit. pp. 31-32.

Debe de sostenerse que los crímenes internacionales son condenados cualquiera que sea el lugar en que se cometan y que cualquier Estado tiene derecho a perseguir y castigar a los autores de tales crímenes.

Sin duda la jurisdicción universal existe y no carece de certeza y seguridad como se afirmó por los ministros de la Suprema Corte, ya que en este momento hay una embestida en contra de la ley que otorga desde hace 10 años a la justicia belga competencia universal en delitos de genocidio, crímenes de guerra y contra la humanidad”.

8.4 Conclusiones

1. El Caso Cavallo presenta un gran interés para los especialistas en derecho internacional por el análisis que los jueces nacionales (ya no se diga la Secretaría de Relaciones Exteriores que cuenta con especialistas en derecho internacional de primer nivel) de las diferentes categorías que precisamente este caso involucra: los crímenes o delitos internacionales, la jerarquía del derecho internacional en derecho interno, la prescripción, el derecho convencional y consuetudinario y la jurisdicción universal; la validez, ante el derecho internacional de leyes del “perdón” .
2. Al haberse otorgado, por parte de México, la extradición de Cavallo, no hay duda de que es un paso adelante en el fortalecimiento de la institución de la jurisdicción universal; sin embargo, la forma en que lo hizo la Suprema Corte con sus Ministros temerosos y sumamente respetuosos de la soberanía (olvidándose que esta en juego valores muy altos como el respeto de los derechos humanos que fueron violados masivamente durante los regímenes militares del

Cono sur; que además no tiene legitimidad ya que llegaron al poder violentamente con golpes de Estado y dejando tras de sí charcos de sangre.

3. Precisamente esta es la valoración, que les faltó hacer a los jueces de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de las normas internacionales que fueron creadas para evitar la impunidad de las masivas y monstruosas acciones de tortura, genocidio y terrorismo. Los jueces de la Suprema Corte no entraron a revisar la competencia de los tribunales españoles porque según ellos se podía violar la soberanía de los mismos españoles cuando en el siglo pasado quedó claro que los Estados cedían su soberanía para perseguir crímenes horrendos que avergonzaron a la humanidad, y me temo que la siguen avergonzando,
4. De cualquier manera, la expresión de la *opinio juris* de México es un eslabón muy importante en camino de la creación de un estado de derecho internacional que evite la impunidad de los crímenes de *lesa humanidad*.

SALA CONSTITUCIONAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA

La función política del Poder Judicial

*Luis Paulino Mora Mora**

Con agrado acepté la invitación a participar en este libro homenaje a Rodolfo Piza Escalante, pues conlleva un reconocimiento a la sincera amistad que pude cultivar con Rodolfo desde el momento en que junto a otros ilustres abogados costarricenses dimos la lucha para que fuera aprobada, primero la reforma constitucional de los artículos 10 y 48 con la que se creó la jurisdicción constitucional en la forma en que la tenemos en la actualidad y luego la Ley de la Jurisdicción Constitucional, en la que se fija el procedimiento a seguir para la defensa de los derechos establecidos en el marco constitucional; esa amistad pudimos cultivarla luego como compañeros en la Sala Constitucional. Esta participación implica la obligación de buscar un tema polémico como motivo de estudio, pues sé que al Magistrado Piza ello le daría satisfacción por su alta afición a la polémica, condición que le caracterizó en todas las expresiones de su vida. Es por ello que al amparo de una revisión de la evolución del Poder Judicial costarricen-

* Presidente, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

se, pretendo enfocar un tema que en América los jueces hemos tenido como tabú, pero no por ello menos relevante, pues las conclusiones, según el pensamiento que nos oriente, pueden ser muy diversas y cuestionables: “La función política del Poder Judicial”, y la cuestión de si hacen o no política los jueces en su acción de administrar justicia.

Nosotros los juzgadores nos hemos escudado en la prohibición de participar en política partidaria para negar que hacemos política, que nuestra función tiene un alto contenido político en el buen sentido de la palabra, que al participar en la normalización de las conductas en que la sociedad se manifiesta, se hace política. Tradicionalmente no creemos que al resolver sobre propiedad, sobre cómo se realiza la contratación en la comunidad, cómo se ejercen los derechos de familia, a la educación, a la salud, en fin al disponer en sentencia sobre los derechos que unos y otros pretenden tener, se lleve a cabo una acción política, a efecto de lograr una sana convivencia social. Lo poco tratado del tema por abogados, políticos y científicos sociales, de seguro favorecerá que cometa errores de percepción al plantear el análisis, pero mejor me arriesgo, en homenaje a Rodolfo y en deseo de abrir una sana discusión, sobre un tema que mucho puede esclarecer la función del juez en una democracia moderna.

He sido afortunado al haber disfrutado de la oportunidad de participar de la labor del órgano judicial desde una serie de diversas posiciones, desde juez de primera instancia en una provincia, Limón, hasta Magistrado y Presidente de la Corte; las experiencias vividas en mi paso como funcionario del Poder Judicial Costarricense, por más de treinta años, me sirven de base para plantearme o concluir sobre algunos de los temas que trataré.

La vida social como fuente de conflictos

En toda sociedad modernamente estructurada, como las nuestras, es necesaria la interacción entre las personas que la componen. Para ello el Estado, como materialización de la voluntad social, arbitra reglas y medidas para ordenar esa interacción, pero resulta inevitable que surjan conflictos, no solo porque nuestra condición de seres humanos nos impide actuar siempre y en cualquier caso con estricto apego a la corrección y a la justicia, sino además, en muchos casos, dada la existencia de posibles defectos inherentes en las reglas, en el tanto en que han sido también hechas por seres humanos. Esto hace que los conflictos entre las personas se integren como producto necesario de la vida social y que existan en todos niveles sociales y por las más variadas razones.

Necesidad de solucionar los conflictos para asegurar una convivencia social

Afirmada la necesaria existencia de los conflictos dentro de un conglomerado social, nos encontramos de seguido ante la necesidad de plantearnos -como uno de nuestros principales objetivos- el establecimiento de medios y métodos para la resolución de los conflictos, dado que, por un lado, partimos del obligado monopolio estatal para el uso de la fuerza y por otra parte, no parece conveniente para el desarrollo social, dejar que las desavenencias transcurran libremente y terminen de cualquier manera.

Es lo contrario –precisamente– lo que se busca con la llamada convivencia social: administrar la libertad de cada miembro de la comunidad por medio de la fijación

de reglas de actuación y la resolución de las fricciones que se generen cuando cada persona ejerce su libertad y sus derechos.

La solución del conflicto por medio del sistema formal de administración de justicia

Uno de los mecanismos concebidos por la sociedad para la administración y resolución de cierta clase de conflictos es el sistema formal de administración de justicia. Es claro que me refiero aquí a una concepción moderna y democrática de un sistema de administración de justicia, porque –como se sabe– la noción ha sufrido una gran evolución desde los tiempos antiguos en los que el conflicto era resuelto según el arbitrio de quien tuviera mayor fuerza para hacer valer sus decisiones. Con el transcurso del tiempo sin embargo se conciben y ponen en práctica medios cada vez más complejos para resolver diferencias, hasta llegar a una clara definición del llamado poder de jurisdicción, es decir, la capacidad de “dictar el derecho” con la que el Estado inviste algunos de sus “oficiales” para que –auxiliados de diversos mecanismos como por ejemplo, reglas de derecho de fondo, reglas procesales, reglas consuetudinarias, etc.– conozcan de las diferencias entre las partes y decidan sobre tales cuestiones, con poder de coerción para el cumplimiento de las disposiciones que tomen.

El Poder Judicial como parte de un sistema. Frenos y contrapesos. Distribución del poder

El paso natural siguiente fue integrar la función de juzgar como parte esencial del poder de imperio del Estado e históricamente, se produjo la concentración de esa –así como las demás funciones estatales– en el so-

berano (príncipe, rey o emperador), para luego derivar, a finales del siglo XVIII hacia un más complejo sistema de repartición de las labores estatales en distintos órganos diferentes e interrelacionados¹.

No obstante, cabe hacer notar que en el traslado de tales ideas a los sistemas políticos latinoamericanos, se produce -en principio- una desnaturalización de ese concepto de pesos y contrapesos a cargo de los distintos poderes. Esa distorsión, se origina en la influencia napoleónica que recibimos a través de España, la cual rediseña el sistema de administración de justicia con el fin de que sirva como medio para legitimar el ejercicio del poder y no como fundamental función de mecanismo de solución de conflictos; de igual forma, se le elimina o disminuye sustancialmente su función de control y contrapeso de poderes.

Estas son las ideas que figuran en la base de nuestros ordenamientos jurídicos y habían sido tenidas como correctas, de manera que por muchas décadas el Poder Judicial actuó con gran celo, autismo y autocontrol -muchas veces desapegándose de la realidad- precisamente para no exceder las funciones asignadas y cumplir a cabalidad su función -no de contrapeso y balance del quehacer del Estado, sino de legitimador del Poder- evitando la interferencia con los otros poderes. Me atrevo a definir esa época como una etapa pasiva donde el Poder Judicial como organización se aisló para esperar los acontecimientos sin involucrarse en la suerte de las sociedades².

¹ V. MATTEUCCI Nicola. Organización del Poder y Libertad. Historia del Constitucionalismo Moderno. Editorial Trotta. 1998.

² Para una visión tan crítica como certera de la actitud de los Poderes Judiciales en Latinoamérica, cf BARRIENTOS P. César. Poder Judicial y Estado de Derecho. F y G. Editores, Guatemala, 2001.

La etapa clásica en Costa Rica

En Costa Rica, esta primera etapa, que puede llamarse clásica, se refleja de forma clara en los diferentes acontecimientos que van conformando nuestra historia como país. Desde el inicio de la vida independiente, se contempla la existencia de un órgano encargado de la administración de justicia, si bien la pobreza del país y la escasez de personas con formación adecuada, hace que su funcionamiento no se pueda concretar sino hasta varios años después³.

Luego, una vez establecida, su papel es realmente limitado a pesar de la gran dinámica política y social de nuestro país en el siglo diecinueve; esto al grado de que la labor jurisdiccional pasa prácticamente inadvertida y no es sino hasta 1889 que se emite una Ley estructurada y ordenada donde el legislador regula los aspectos relevantes del trabajo judicial. La organización allí creada era muy sencilla y vale destacar que se le atribuye a la Corte Suprema de Justicia la administración de todas sus cuestiones, de cualquier índole, relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia, tendencia ésta que ha perdurado hasta hace muy poco en que se dan algunos pasos positivos, que deben profundizarse, para cambiar esa situación y distribuir de manera más democrática el ejercicio del poder dentro del Judicial.

Ya para mediados de la década de 1930, se hace patente la insuficiencia del sistema frente a las nuevas y crecientes demandas de un país mucho más crecido económicamente, de modo que se produce una renovación del sistema judicial que incluye el dictado de una

³ Cf. GUTIÉRREZ Gutierrez Carlos J. El funcionamiento del sistema Jurídico. San José, 1979.

nueva Ley Orgánica del Poder Judicial, en la que se reforma la estructura de la Corte Suprema, por lo que vale la pena detenerse un poco.

Esa ley aumenta el número de integrantes de la Corte y se asigna a algunos de ellos la labor de conformar un Tribunal de Casación como máximo Tribunal de derecho ordinario, y a los demás, se les impone la labor de ser Salas de instancia (Civil y Penal), para conocer en apelación de las decisiones de los jueces de mayor cuantía. Respecto de las cuestiones administrativas, se le atribuyen a la Corte, como máximo órgano jerárquico todas las funciones administrativas, todo tipo de cuestiones, desde los aspectos relacionados con el personal (nombramientos, permisos de todos sus funcionarios), hasta los tópicos referentes al manejo financiero y a lo meramente administrativo⁴.

Se aprecia entonces que la Corte Suprema se concentra en la función jurisdiccional pero no en sus aspectos más relevantes, pues con excepción de los juicios en casación, mucho del trabajo de sus integrantes es actuar como simple tribunal de instancia. Cabe señalar también como un punto relacionado, que a la Corte Plena se le atribuye el conocimiento de las reclamos de inconstitucionalidad contra leyes y otras normas, aspecto en el cual, tuvo oportunidad de intervenir de manera un poco más activa en el desenvolvimiento del sistema jurídico costarricense, ello por supuesto dentro de las limitaciones que imponía un sistema concentrado de control constitucional, pero muy matizado con las estrictas reglas de legitimación de un sistema difuso.

⁴ Es muy ilustrativa para la comprensión del sistema establecido en 1937 y de sus fundamentos, la lectura de PICADO G. Antonio. Explicaciones de las reformas a La Ley Orgánica del Poder Judicial. San José, 1937.

Igualmente, en la fase administrativa la amplia gama de labores encomendadas va a complicarse con el paso del tiempo, por lo que paulatinamente, a veces por medio de leyes formales, o bien con decisiones internas, se logran crear órganos administrativos de auxilio a la función de administrar la entidad que, como se dijo, se concentra en la Corte Plena, la cual, de esa forma, se comienza a abarrotar de temas de gerencia administrativa que le consumen gran parte de su tiempo.

Esta estructura de trabajo iba a perdurar, con algunos cambios focales desde 1937 hasta 1981 cuando se emite una reforma legal que hace parte de los movimientos de reacomodo ocurridos a mediados de los setenta especialmente con la promulgación del Código de Procedimientos Penales, en el que se establece un sistema procesal penal de corte acusatorio mixto, cuya novedad principal fue la introducción del juicio oral y una sola instancia. La citada reforma de 1981 separa a los Magistrados de la Corte Plena del conocimiento de la segunda instancia y les atribuye el control de casación en las causas, de modo que se crean tres Salas de Casación, a saber, la Primera para lo Civil, la Segunda encargada de los temas de Familia y Trabajo y algunos temas misceláneos (Sala de lo social), y la Sala Tercera para lo Penal. Se coloca a la Corte Suprema y sus componentes en la parte más alta de sistema de administración de justicia, de modo que pueden dedicarse, mediante los recursos de casación, a uniformar y modelar el derecho, según parece corresponder a su investidura.

No obstante, el aspecto administrativo queda intacto y más bien, puede decirse que se recarga cada vez más con el paso del tiempo, no solamente por el natural cre-

cimiento de la organización, sino porque el legislador le asigna el ejercicio del control y la administración tanto del órgano encargado del ejercicio del monopolio de la acción penal pública (el Ministerio Público o Fiscal General) y del órgano policial y auxiliar para la investigación de los delitos (Organismo de Investigación Judicial).

Cambios al modelo tradicional de administrar justicia. Primeros pasos

Es en la época de los ochentas donde comienza a gestarse, como parte de un movimiento más general a nivel latinoamericano, la búsqueda de una redefinición de las funciones del Poder Judicial, por lo que, aparte de dirimir los conflictos entre las partes en forma pacífica, se le asigna la obligación de proteger al ciudadano contra los abusos del poder y velar por que se respete tanto el ordenamiento jurídico en general como la Constitución Política, por parte de funcionarios públicos⁵.

Como se puede apreciar, se trata básicamente de abandonar algunos de los conceptos menos democráticos del sistema de administración de justicia heredado de España y Francia, a favor de un redescubrimiento -si se quiere- de la intención original de las ideas y conceptos de separación y distribución de poderes.

En efecto, ese nuevo compromiso del Poder Judicial va de la mano con el ideal democrático, tanto desde el punto de vista de profundizar las instituciones de protección como en un sentido sustancial de tutela de los

⁵ Para un buen resumen de los intentos a nivel latinoamericano, véase LÖSING Norbert. *La Jurisdiccionalidad Constitucional en Latinoamérica*. Madrid, 2002.

derechos fundamentales de los ciudadanos. Se le pide al Poder Judicial entonces que coadyuve a realizar de manera efectiva la defensa de las instituciones democráticas y en consecuencia del ciudadano.

Esta labor -la de controlar los abusos del poder por medio del Poder Judicial y con apoyo en el respeto a la Constitución y la ley- resulta ser una de las funciones más difíciles, delicadas y esenciales para el sistema democrático en la actualidad. Un Poder Judicial que no controle, que no le estorbe a quien pretende ir más allá de lo que la ley y la Constitución le permiten, es tan peligroso para la democracia y paz social como cualquier otra amenaza tradicional.

Para comprender mejor esta misión, debe tenerse bien claro que han existido y existen aún algunos países democráticos solo en apariencia, en donde supuestamente se cuenta a veces con un magnífico repertorio de normas jurídicas, pero se trata de un simple disfraz que enmascara la comisión de arbitrariedades y abusos por parte de los gobernantes de turno, sin que exista ningún mecanismo de protección para los ciudadanos. Allí lo que impera es la mafia, la corrupción, el abuso de poder de los funcionarios de turno, y la violencia como alternativa de solución de los conflictos.

Estas ideas sobre la labor del órgano judicial, toman forma con el gran cambio ocurrido en el rol de la Corte Suprema de Justicia en 1989, cuando se crea la jurisdicción constitucional. En esa fecha, mediante una reforma constitucional y la promulgación de una ley específica, se aumenta el número de magistrados que componen la Corte Suprema de Justicia con el fin de crear una Sala especializada para conocer de los asuntos de naturaleza

constitucional. Debemos recordar que hasta ese momento el conocimiento de las cuestiones de esa materia se encontraban distribuidos entre diversos Tribunales, siendo la Corte Plena quien conocía, como se explicó, los reclamos contra normas y en algunos casos especiales los reclamos de hábeas corpus, mientras que los jueces penales resolvían sobre amparos, competencia que compartían con la Sala Primera de la Corte, cuando el recurso era planteado contra uno de los miembros de los Supremos Poderes.

Con la modificación constitucional que crea la Sala Constitucional y le asigna amplias competencias, apoyada de una ley que concentra en ella todas las modalidades de la justicia constitucional y que además resulta mucho más amplia respecto de la legitimación y garantías específicas de protección a los derechos de los ciudadanos, la Sala se convierte casi de inmediato en una protagonista de la vida institucional del país. A mi juicio es este el real punto de quiebra del sistema tradicional de administrar justicia en nuestro país: a esta Sala - Sala Cuarta como popularmente se le conoce- le correspondió iniciar una labor incómoda en éste sentido, y a la vez, muy importante para el sano funcionamiento del sistema de frenos y contrapesos. De ahí la queja constante de los funcionarios de turno por control riguroso que ejerce para proteger la libertad y evitar los abusos del poder⁶.

⁶ La importancia del papel de la Sala Constitucional en la vida institucional de Costa Rica, ha sido ampliamente reconocida. Interesante en ese sentido es la tesis del Dr. Hugo Muñoz Quesada, en cuanto a que, dadas algunas de sus características, su labor en ciertos aspectos "...se asemeja a un poder moderador, típico de un senado..." lo que la aleja de las competencias tradicionales de un órgano de control constitucional. Vid. MUÑOZ Quesada Hugo A. Evolución Constitucional Costarricense en *Revista Parlamentaria. Volumen 5. número 1, abril de 1997.*

Con esto se produce un gran efecto garantista en el país, con la consiguiente reacción favorable de los ciudadanos y desfavorable de los funcionarios que se encuentran de pronto con límites desconocidos en su actuar e incluso, dentro del propio sistema de administración de justicia se sacuden las bases, principalmente en la justicia penal, debido al impulso que da la Sala a la materialización y respeto de los derechos individuales en el proceso penal. La reivindicación del olvidado derecho de petición, protección de los derechos de imputados e internos, establecimiento de la necesidad de respetar las formalidades esenciales del debido proceso en las diversas materias, son unos cuantos ejemplos de la revolución jurídica ocurrida en el país, y que tiene como eje –esta vez- a un órgano de la Corte Suprema de Justicia.

El nuevo modelo de administrar justicia: en la ruta

La influencia de este nuevo modo de hacer las cosas, tiene inmediatas repercusiones en la labor de la Corte Suprema y sirve para plantearse la necesidad por parte de la Corte Plena, de una reforma integral a la Ley Orgánica para actualizar la legislación a los nuevos tiempos. Había ocurrido que el sistema anterior -con las labores de jueces casación agregadas a las funciones administrativas a cargo de la Corte- se había vuelto insostenible y no permitía a los Magistrados concentrarse en una nueva labor en la cual estaban muy interesados, a saber: la de intervenir más activamente en el diseño y plasmación de políticas generales para la Corte, así como la renovación de los sistemas procesales y de dere-

cho de fondo para la modernización del órgano judicial y en general del sistema jurídico costarricense. En este aspecto había existido hasta entonces una tímida participación de la Corte, cuando por norma constitucional se le consultaban los proyectos relativos a su funcionamiento. Ahora, con una nueva visión de su papel en la sociedad, la Corte Plena busca proyectarse de forma activa, aportando información y opinión sobre los temas que le interesan, provocando la discusión de cuestiones relevantes para su funcionamiento y en general auxiliando la toma de decisiones por parte de los órganos competentes.

Esta lucha fructifica en 1994 con la emisión de la nueva Ley Orgánica en la que, fundamentalmente se procura acentuar la independencia del juez, al tiempo que se crean diversos órganos para el manejo de la temática administrativa de la entidad, entre los cuales destaca el llamado Consejo Superior del Poder Judicial al que se le entregan una enorme cantidad de cuestiones de administración, entre las que se incluyen la contratación, régimen disciplinario en la mayoría de los casos, y la gestión del personal, entre otras.

Logros claros de esta nueva actitud son por ejemplo la aprobación de un nuevo régimen procesal penal, en que tuvieron activa participación los funcionarios judiciales y entre ellos Magistrados encargados de la materia penal. El nuevo sistema profundiza aún más en la oralidad como medio para una mayor democratización de la justicia penal, se aprovecha la coyuntura para producir una nueva ordenación geográfica a los despachos judiciales, que se agrupan en los llamados circuitos judiciales, con el fin de mejorar su gestión y permitir una

mayor participación de ellas en la toma de decisiones atinentes a su propio funcionamiento.

Con este nuevo marco, es que llegamos al momento actual en donde puede constatarse un cambio cualitativo en la actitud y actividad de la Corte Plena. Ella ha ido asumiendo de forma consistente la primaria función de marcar las grandes pautas para que sirvan de orientación a los administradores de justicia y está propiciando una modernización en las labores administrativas y de auxilio a la función jurisdiccional. Su actitud es sensiblemente activa frente a los temas que surgen a nivel de opinión pública, con relación al trabajo del órgano judicial. Es así como encontramos por ejemplo, la activa participación en temas como la Ley de Paternidad Responsable en la que resultó decisiva la intervención de la Corte para la distribución entre diferentes órganos, de las diferentes etapas para la determinación de la paternidad. Igual sucede con el importante contrapeso que se ha ejercido a nivel de institución frente a ciertos proyectos de ley, que -enmarcados bajo la sombrilla de la “seguridad ciudadana”- crean en la práctica mayores poderes de represión a favor del Estado. En pocas palabras, la Corte y los Magistrados han paulatinamente abandonado su claustro y su aislamiento para involucrarse de lleno en el desarrollo del país, aportándole ideas y argumentos, desde su campo de competencia.

El camino se inició, se avanza en él a paso firme, con la necesaria reflexión para buscar satisfactorias soluciones a los problemas que le plantea una sociedad con experiencia democrática de más de cien años, pero también con la convicción de que el juez debe comprometerse cada vez más con el sistema político por el que ha

optado la sociedad en que cumple su papel de pacificador de la convivencia social y garante de los derechos de los individuos, aún frente a los detentadores del poder político. Al momento la Corte se encuentra en una ardua discusión sobre cómo simplificar aún más su acción, para restringir su marco de competencia a la función de gobierno del Poder Judicial, trasladando a otros entes, en especial el Consejo Superior del Poder Judicial, la de administración.

Resumen final y conclusiones

Como se puede apreciar, en Costa Rica hemos transitado diversas etapas en lo que respecta a la actividad del Poder Judicial. Señalamos la primera, muy dilatada en la que la herencia recibida le impuso al órgano judicial una actitud reservada en la resolución de conflictos entre privados y francamente pasiva frente a los abusos de poder, sin incidir su acción en el fortalecimiento del sistema político por el que hemos optado, la democracia. Luego, retomando aquella labor de ente contralor de la legalidad y la constitucionalidad, a favor del ciudadano, se inicia una fase de intervención para su protección, con la consiguiente toma de conciencia del verdadero y relevante papel que corresponde a un órgano judicial en una sociedad democrática.

Ello ha producido, primero, un nuevo tipo de Corte Suprema, que es a su vez producto de un cambio de actitud en sus componentes, que han reconocido el importante valor político (en el sentido correcto del término) de su actuación en la judicatura. El mensaje que se ha tratado de enviar a los administradores de justicia, es que ellos son servidores públicos, y que su labor es cla-

ramente un servicio; que la administración de justicia es fundamental para el desarrollo social y económico del país, y que también depende de ellos, como de todos en general, la calidad de la democracia que podamos disfrutar. En tal sentido cabe señalar que nuestra labor en el Poder Judicial resulta esencial para el adecuado desenvolvimiento de un estado democrático de derecho y que entre más fortalecido esté, mejor garantía será para los ciudadanos y para el fortalecimiento de ese estado de derecho.

De cierta forma los jueces hemos entendido que participamos en el quehacer político del país, que en esa normalización de la convivencia, que se ha señalado como función principal a la administración de justicia, existe un alto contenido político, sobre el que los jueces debemos saber optar en todo momento. La familia, la salud de los ciudadanos, el ejercicio de los derechos fundamentales, el sistema de contratación, en fin todas las expresiones en que se presenta una sociedad moderna, son temas que ocupan la atención de los jueces y al resolverlos, se moldea la forma en que esa sociedad se expresa, con ello se hace política, lo que conlleva a que los jueces entendamos que nuestra función tiene amplio contenido político y que en tal razón participamos en la legitimación del sistema por el que se ha optado. Este papel del juez se encuentra en su etapa inicial en nuestra América, pero creo que lo hemos entendido bien y estamos dispuestos, nosotros los jueces, a dar la respuesta correcta, para que los ciudadanos sepan que cuando necesiten defender sus derechos, deben recurrir a la jurisdicción, institución que luego de defendernos no se apropia de ellos, sino que los dirige fortalecidos a los mismos ciudadanos.

La evolución que se ha presentado en Costa Rica en sus órganos jurisdiccionales tiene como fin posibilitar al Poder Judicial de cumplir un fortalecido rol de árbitro en la relación de los Poderes del Estado y el ciudadano y de defensor de la democracia. Tengo la firme convicción de que quienes nos desempeñamos como jueces hemos tomado conciencia de esa responsabilidad y sabremos cumplirla.

**El derecho a un juez imparcial:
elemento sustancial del derecho
general de acceso a la justicia y el
debido proceso**

**Algunas dificultades de definición
en la jurisprudencia constitucional de
Costa Rica**

*Luis Fernando Solano Carrera**

I. Justificaciones para la elección del tema

Como homenaje a quien fuera nuestro colega y amigo Rodolfo E. Piza, escribo sobre un tema jurídico en el que, inexplicablemente, él se sumó tardíamente a una posible construcción jurisprudencial en nuestro medio. Inexplicable, digo, porque el pensamiento de este enorme jurista era muy de avanzada, llegando a sostener, incluso, que el juez debía salir al encuentro de las necesidades de justicia y no esperar a que las personas lo buscaran a él, o, en similar sentido, afirmando con tono categórico que el juez debía interpretar y complementar

* Presidente de la Sala Constitucional, Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho UCR. Director del Centro de Estudios y Capacitación Judicial para Centroamérica. Coordinador del Centro de Estudios de Formación Constitucional Centroamericano. Academia Costarricense de Derecho.

lo que el usuario necesitaba pedir, no importaba si lo pedía o si lo hacía insuficientemente.

En este artículo, entonces, deseo repasar algunos de los aspectos más importantes del derecho fundamental que denominamos “derecho a un juez imparcial”, como componente del concepto de debido proceso. De paso, insistiré en la necesidad de que la Sala Constitucional costarricense reexamine detenidamente esta cuestión y llegue a formularse alguna propuesta de futuro.

En la elección de este tema han gravitado dos motivaciones que para mí tienen mucho significado.

La primera, porque desde el inicio mismo del funcionamiento de la Sala Constitucional, el Magistrado Piza tuvo un peso muy importante en la elaboración de una jurisprudencia omnicomprendiva del debido proceso, a partir de que le correspondiera la redacción de una sentencia clave dentro de la evolución de la jurisprudencia constitucional de nuestro país, a saber, la llamada sentencia “madre” del debido proceso, N°1739 del año 1992, de las 11 horas y 45 minutos del día 1° de julio de 1992. Eso, a mi modo de ver, debe ser contrastado con comportamientos posteriores de la Sala y del mismo Magistrado Piza, que en casos concretos donde se alegaba violación al debido proceso por no respetarse la figura del “juez imparcial” se dieron sentencias que, según mi criterio, incorporaron una visión muy limitada y protectora del quehacer de la administración de justicia, aspecto que siempre me intrigó. En otras palabras, alrededor del tema he tenido la sensación de contradicción en relación a un tribunal que al inicio se comportó magnánimo en el diseño de una doctrina sobre las exigencias mínimas que debía reunir un proceso jurisdiccional

para tener la condición de tal, mientras que en el análisis puntual que permitiera desarrollar su propia doctrina, no tuvo la misma fortaleza que había anunciado al dar aquella primera sentencia.

Ya ese solo hecho justifica que me detenga en análisis de cuestión tan fundamental, pues a mi modo de ver, resulta enigmático que habiéndose destacado el Magistrado Piza como un jurista líder en la consideración de los Derechos Humanos como el parámetro de conducta por excelencia para los poderes, órganos y autoridades públicas, en el tema específico de la exigencia de un “juez imparcial” tuviera y compartiera con la mayoría de los integrantes de la Sala Constitucional, criterios que personalmente estimo restrictivos.

Pero también tengo una segunda justificación. Tal vez la más importante y apropiada para este libro homenaje, y es que en la última ocasión en que la Sala Constitucional conoció un caso de Hábeas Corpus relacionado con el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, en un acto que ahora no me es fácil explicar, porque tampoco hubo explícitas manifestaciones en el momento de la votación, Rodolfo cambió su posición y se unió a mi inmovible voto de minoría, decretando en el caso concreto que se analizó –si bien simbólicamente– una infracción al debido proceso.

Como mi tesis había sido de absoluta minoría. Unas veces en solitario, otras acompañado por la Magistrada Calzada, el hecho de que el Magistrado Piza Escalante llegara a estar al lado de mi tesis jurídica, aunque fuera en las postrimerías de su vida, me parece un hecho de enorme significación.

Ciertamente, en la redacción o con el texto de la opinión minoritaria no pudo él contribuir, porque muy poco tiempo después fallecía, pero cuento con el personal consuelo de una frase que con alguna frecuencia repetía, él que estaba más acostumbrado que yo a los votos en disidencia con la mayoría del tribunal:

Los votos de minoría de hoy, serán los votos de mayoría del mañana.

II. El punto de partida. La sentencia n°1739-92, de las 11:45 hs. del 1° de julio de 1992

Esta paradigmática sentencia se ocupó de una diversidad de temas involucrados en la denominación genérica y abierta del “debido proceso”. En lo que nos interesa, se dijo:

A) EL DERECHO GENERAL A LA JUSTICIA:

En la base de todo orden procesal el principio y, con él, el derecho fundamental a la justicia, entendida como la existencia y disponibilidad de un sistema de administración de la justicia, valga decir, de un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado –declarar el derecho controvertido o restablecer el violado, interpretándolo y aplicándolo imparcialmente en los casos concretos–, lo cual comprende, a su vez, un conjunto de órganos judiciales independientes especializados en ese ejercicio, la disponibilidad de ese aparato para resolver los conflictos y corregir los entuertos que origina la vida social, en forma civilizada y eficaz, y acceso garantizado a esa justicia para todas las personas, en condiciones de igualdad y sin discriminación [...]

Concluyendo esta idea específica en los siguientes términos:

En este primer sentido, pues, el debido proceso tiene, ante todo, dimensiones programáticas, no por esto menos vinculantes jurídicamente, que exigen la existencia, suficiencia y eficacia de un sistema judicial y procesal idóneo para garantizar ese derecho fundamental a la justicia, que no es, por otra parte, más que una consecuencia del monopolio de la fuerza, asumido por el Estado, y la más importante manifestación del derecho de petición [...] (Considerando X de la sentencia).

Además, para el caso de surgir duda sobre del ligamen entre estas cuestiones fundamentales, que podrían calificarse como tangencialmente relacionadas con el tema del debido proceso, la sentencia también se encarga de anticipar una respuesta, reafirmando una vinculación directa y esencial entre ambas, si bien en un caso podríamos hablar de aspectos apriorísticos, y en otro de elementos directos del debido proceso como tal:

Los siguientes son, a juicio de esta Sala, los aspectos principales en los que se manifiesta el principio del debido proceso en materia penal –con sus corolarios de audiencia y defensa-, en cuanto a sus contenidos, condiciones y alcances. Con la advertencia – de que, tanto el “derecho general a la justicia”, como el “derecho general a la legalidad” (apartes A y B infra) no constituyen elementos propiamente dichos del debido proceso sino más – bien condiciones generales previas, propias de la concepción más amplia de la administración de justicia en un Estado democrático de derecho; pero que por esto mismo, su carácter previo y necesario hace de ambos y de lo que ambos implican, presupuestos y condiciones sine qua non de aquél, de manera que su ausencia o irrespeto, implican necesariamente la imposibilidad misma del debido proceso al punto de que esa ausencia o violación también debe sancionarse como ausencia o violación del derecho al debido proceso en sí [...]

Creo que esta observación resulta necesaria, porque en la amplitud que presentan el derecho general a la justicia, o el derecho de acceso a la justicia, como condiciones sine qua non de un Estado constitucional de derecho, hay que considerar la exigencia de un sistema judicial no solo aparente, formal, sino que en realidad sea garantía para las personas.

De ahí deriva la exigencia de superar la concepción del juez-funcionario, que forma parte del aparato Estado y cumple un papel para él, y a quien le debe lealtad como patrono que es, para llegar a la figura del juez como instrumento de la justicia y, consiguientemente, al servicio de las personas, la única forma en que lo que ahora conocemos como “tutela judicial efectiva”, gracias al constitucionalismo español, se cumpla en la praxis cotidiana del ajetreo judicial.

Si no asumimos una posición consistente en esta materia, tendremos dificultades para trascender la realidad operativa del sistema, proclive a salirse de cauce, como pretendo hacerlo ver más adelante.

En esto, claro está, debemos contar con que existen ya no solamente barreras legales, sino las consabidas barreras culturales, más reales y poderosas, que intermedian para que entre el ciudadano y el juez, se produzcan abismos de toda naturaleza. En ese contexto, no son extrañas las actitudes formalistas en el análisis del papel de los jueces y en no pocas ocasiones le corresponde a la jurisprudencia constitucional poner al descubierto tales posturas, pero esto no excluye que por momentos el mismo trabajo de la Sala quede inmersa en ese marasmo cultural.

Yo asumo, en las actuales condiciones, que el derecho fundamentalísimo de las personas es el derecho de

tener acceso a un juez, pero derecho a un juez con todas las garantías, entre ellas, el derecho a un juez imparcial. Y por ello, creo que la Sala Constitucional no se ha comportado de conformidad con las expectativas que su papel le impone.

III. La previsión en los instrumentos internacionales de derechos humanos y el esquema constitucional de Costa Rica a partir del año 1989

Entre los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, tenemos gran variedad de previsiones sobre la materia.

Empezaremos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, que establece en su artículo 10:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial [...]

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14.1. dispone:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley [...]

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que oficialmente también ha sido denominado Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 8.1. sobre “Garantías judiciales”, lo hace así:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...]

Y cito también el Convenio Europeo de Derechos Humanos, porque en parte mi exposición se alimentará de la interpretación que de él ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Estrasburgo). Dispone el Convenio en su artículo 6.1. sobre el “Derecho a un proceso equitativo”, dice:

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída de manera equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley [...]

Aquí lo importante no es quedar estupefacto por la luminosidad y las buenas intenciones de esta normativa, sino que de todas maneras tengan un impacto en el quehacer del sistema de justicia, pues de lo contrario nos estaríamos autoengañando, promulgando normas que por un lado van a requerir un desarrollo posterior, a través de la legislación común para que podamos tenerlas como parte de nuestro arsenal jurídico, o, como también sucede, que lleguemos a declararlas y aceptarlas como normas autoaplicativas, pero con una cláusula implícita que nos dice que ello va a ser así únicamente en la medida en que no haya en el ordenamiento interno alguna(s) otra(s) norma(s) -y ya no importaría siquiera su rango o naturaleza- que dificulte(n) o impida(n) darles su pleno sentido de autoaplicación.

En apoyo de mi tesis jurídica y doctrinal, hay dos elementos de gran peso en la argumentación:

1. La reforma constitucional de 1989

Como ya lo he expuesto en otro momento, pero aquí también resulta pertinente reiterarlo, a través de la reforma operada en el año 1989¹ a la Constitución Políti-

¹ Ley N° 7128, de 18 de agosto de 1989, que reformó los artículos 10

ca, se dio nacimiento a una nueva jurisdicción constitucional, con nuevas y reforzadas competencias, pero que también tuvo la virtud de incorporar a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país como parámetros de constitucionalidad².

En efecto, el artículo 48 actual establece el derecho de toda persona al recurso de hábeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales y al de amparo para mantener o restablecer

el goce de los otros derechos consagrados en esta Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, aplicables en la República [...]

De tal manera, en nuestro sistema tenemos por un lado los derechos constitucionalmente previstos que, además y sin excepción, están dotados de la protección del proceso de amparo, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes; tenemos también incluidos los derechos de carácter fundamental contenidos en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en el país, que para nuestro caso son al menos unos sesenta convenios, tratados, convenciones, algunos de los cuales son verdaderos textos constitucionales –dogmáticos–, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pero que los hay en materia de Asilo, Refu-

(creación de una Sala Constitucional dentro de la Corte Suprema de Justicia y regulación específica de los procesos de control de constitucionalidad), 48 (régimen de los recursos de hábeas corpus y amparo a cargo de la Sala Constitucional), 105 (regulación de la potestad legislativa) y 128 (procedimiento para el Veto por razones de inconstitucionalidad).

² Vid. en este sentido mi artículo “Sala Constitucional y Corte Suprema de Justicia en Costa Rica. ¿Armonía o Conflicto?”, en *Revista Contribuciones*, Fundación Konrad Adenauer, Buenos Aires, Argentina, 2002, pp. 231-276.

giados, Ambiente, Derechos Políticos, Civiles, etc. Y, finalmente, no menos importantes, tenemos en este inventario de derechos, los contenidos en “instrumentos internacionales” de derechos humanos, es decir, en documentos que no han sido concebidos para ser aprobados formalmente a través del “*treaty making power*” de los Estados, sino que provienen de órganos constituidos del sistema internacional, como por ejemplo, las Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre el Tratamiento de las personas sometidas a prisión, o las que también ha aprobado ese organismo internacional sobre la Independencia de los Jueces.

Estamos ante un ámbito material de cobertura o de protección más allá de lo que estábamos acostumbrados, lo que permitió a un académico, incluso juez constitucional suplente, señalar en tono mordaz y prácticamente de denuncia, que “la Sala ha puesto a la Constitución a decir un noventa por ciento más de lo que decía, o más concretamente que lo que nosotros creímos que decía”³.

2. El papel activo de la Sala en este campo

Claro está, resulta sumamente fácil encontrar que el papel de la Sala Constitucional ha sido protagónico en el desarrollo de ese esquema. Agregaría que ha sido consistente con su actitud, en términos tales que podríamos señalar que ha aplicado un principio “pro jurisdicción constitucional”, en vez de otro como el de autocontención.

³ Mauro Murillo, “Técnicas de Asesoramiento y Elaboración de Informes y Dictámenes para Legisladores”, Asamblea Legislativa/Comisión Nacional para el Mejoramiento de la Administración de Justicia”, San José, Costa Rica, 1992, p.89.

Veamos por ejemplo en este pronunciamiento:

[...] debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos Humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional, al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación, particularmente a partir de aquella reforma, pues el texto constitucional de hoy, no solamente está compuesto de normas (formas gramaticales escritas) de origen interno y externo, sino también de principios y valores que se deben conjugar en un texto armonioso, aunque pueda parecer heterodoxo desde un punto de análisis tradicional. Esta es la trascendencia de la reforma operada en nuestro sistema jurídico, que nos distingue de otros países, y en que cualquier distinción injustificada por razón de sexo, es ilegítima [...]⁴

En el texto transcrito destaca una referencia a lo heterodoxo que podría resultar, desde el punto de vista usual en la doctrina jurídica, que un tribunal constitucional declare una confrontación ilegítima entre la Constitución de su país y algún instrumento internacional de Derechos Humanos, ya que algunas voces se habían levantado ante la posibilidad de un pronunciamiento de esa naturaleza, pero que en mi criterio es una necesaria consecuencia del sistema actual.

Pero, la Sala todavía ha ido mucho más allá, afirmando:

[...] Sobre esto debe agregarse que en tratándose de instrumentos internacionales de Derechos Humanos

⁴ Sentencia N°5759-93, de las 14 hs. 15 minutos del 10 de noviembre de 1993.

vigentes en el país, no se aplica lo dispuesto por el artículo 7 de la Constitución Política, ya que el 48 tiene norma especial para los que se refieren a derechos humanos, otorgándoles una fuerza normativa del propio nivel constitucional. Al punto de que, como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, los instrumentos de Derechos Humanos vigentes en Costa Rica, tienen no solamente un valor similar a la Constitución Política, sino que en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías a las personas, priman por sobre la Constitución [...] ⁵

De tal manera, que no hay una extralimitación de la autoridad nacional al encontrarle un acomodo directo e inmediato a esta normativa, ni tiene por qué cargar con un sentimiento de culpa por actuar así, como si actuara contra unos implícitos intereses nacionales. Recuérdese que en esta materia y normativa, ya la doctrina ha venido insistiendo en la necesidad de una actitud más a tono con los tiempos:

Merece recordarse aquí, por otra parte, que la normativa de los Derechos Humanos no sólo implica el cumplimiento de los derechos específicos consagrados, sino que significa una interpretación y, aun, una relectura de las legislaciones internas en función de estas disposiciones internacionales. Esto toca directamente la labor del juez, quien no podrá ignorar la existencia de tales postulados, en especial por estar incorporados, si lo están, en las legislaciones nacionales como parte del ordenamiento.

Así, debe tomarse en cuenta que, en un país con una legislación penal marcadamente represiva, si se es parte de la Convención Americana, a la hora de aplicar muchas de las normas, el juez está en la obligación

⁵ Sentencia N° 2313-95, de las 16 hs. 18 minutos del 9 de mayo de 1995.

de reinterpretarlas y atenuarlas, para dar cumplimiento a las prescripciones internacionales [...] ⁶

El nivel de importancia atribuible a este derecho a un juez imparcial, lo pone de manifiesto Arturo Hoyos, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, cuando refiere que Karl Larenz lo considera, junto al debido proceso en sí, como “uno de los principales principios procesales de un Estado de Derecho” ⁷. Desde mi óptica, claro está, y de esto estoy absolutamente convencido, nada mejor dicho si nos atenemos a las consecuencias que de esta posición se derivan, no como privilegio del propio juez, sino en garantía de las personas.

IV. La tesis “negativa” de la Sala Constitucional sobre el derecho a un juez imparcial

Baste apenas a uno de los precedentes de la Sala sobre el tema en análisis, que es el que ha servido para que a lo largo de su existencia se reitere una y otra vez en las mismas condiciones.

En la sentencia N° 1887-90, evacuando una consulta de constitucionalidad de una jueza que estimaba había perdido imparcialidad, ya que en una causa penal le había correspondido “ordenar el procesamiento del encausado” y no obstante ello, se le ordenó por parte del Tribunal Superior de Liberia “conocer y fenecer” el asunto, por lo que le asaltaba la duda “acerca de si su

⁶ “Las Garantías Penales y Procesales en el Derecho de los Derechos Humanos”, Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente” (ILANUD), San José, Costa Rica, 1991, p. 114.

⁷ Arturo Hoyos, “El Debido Proceso”, Editorial Temis, Santa Fé de Bogotá, 1996, p.5.

actuación en juicio contraviene los principios que informan los artículos 39 y 42 de la Constitución Política.

En la tramitación de esa consulta, cumpliendo con lo mandado por la Ley de la Jurisdicción Constitucional, la Sala Constitucional debe requerir a la Procuraduría General de la República rendir informe como órgano asesor imparcial, según la condición que le ha otorgado la misma Sala. Lo interesante es que, al informar, la Procuraduría estimó que en tales condiciones se daba “un claro prejuzgamiento”, no obstante lo cual el argumento fue rechazado por la sentencia que dictó la Sala. Allí sostuvo que

En el procedimiento penal (el momento histórico corresponde al sistema procesal ya derogado) durante la instrucción se materializa un juicio de probabilidades, que cuando resultan positivas permiten elevar la causa a juicio, pero es en esta etapa procesal cuando se fija la verdad real de lo acontecido, la calificación definitiva del hecho y la pena a cumplir, es aquí en donde verdaderamente se hace un pronunciamiento que relaciona directamente al Juez con su pensamiento sobre lo que se le ha sometido a conocimiento [...]

Y rechaza la imposibilidad jurídico-procesal de que un mismo juez esté en ambas fases, con este argumento:

Llevar al extremo la tesis de la imposibilidad de actuar en diversas etapas de la instructiva conllevaría a aceptar que existe ya un adelanto de criterio aun al ordenar el procesamiento y la prisión preventiva y que ello impide que el instructor pueda continuar válidamente –desde una óptica constitucional– conociendo del asunto. En realidad la instrucción no constituye, por sí sola, una instancia del proceso diferenciada de la etapa de juicio y por ello no resulta inconstitucional fren-

te al artículo 42 de la Carta Magna, que el juez que ha hecho pronunciamiento en la instructiva, pueda conocer del asunto en juicio [...]»⁸

V. Exigencia del juez imparcial. Tesis que he sostenido en minoría dentro de la Sala Constitucional

En términos generales, la tesis mayoritaria de la Sala ha sido que solamente se daría cuando un mismo juez actúe “en diversas instancias para la decisión de un mismo punto”, tal y como lo dispone el artículo 42 de la Constitución Política.

Ahora bien, aceptado que a estas alturas la anterior hipótesis resulta prácticamente académica, no ha encontrado la Sala violación al principio-derecho de comentario. Lo que sucede es que tampoco la ha encontrado en otras hipótesis no contempladas por la Constitución Política, pero no menos graves.

Primera hipótesis, cuando en el sistema anterior (hoy derogado), un juez participa en el tribunal de sentencia, habiendo fungido como Juez de Instrucción, habiendo dictado un auto (resolución) de procesamiento y prisión preventiva contra un imputado.

Segunda, cuando ese Juez había aprobado en alzada el auto de procesamiento y prisión preventiva y luego participaba en el tribunal de sentencia.

Tercera, cuando en el actual sistema acusatorio, un juez penal dicta sentencia en la que al amparo del anterior Código Procesal había sido juez instructor.

⁸ Textualmente, el artículo 42 de la Constitución Política dispone que “Un mismo juez no puede serlo en diversas instancias para la decisión de un mismo punto...”

Y Cuarta, cuando un Juez que habiendo sido instructor a la luz del anterior sistema, luego actúa como juez de garantía, autorizando el dictado o la prórroga de la prisión preventiva, o cualquier otro acto procesal que afecte derechos del imputado.

En base a las consideraciones de la tesis mayoritaria de la Sala, no habría infracción de ningún tipo al derecho de juez imparcial, pues no se presenta en forma alguna el caso de un juez conociendo en “diversas instancias un mismo punto”.

Por el contrario, en todas esas hipótesis, yo encuentro base para hacer un pronunciamiento de ilegitimidad constitucional, con las siguientes consideraciones.

Primera

Incluso en el sistema procesal penal –para fortuna hoy derogado– de una primera fase de instrucción a cargo de un juez de esa naturaleza y una segunda fase de sentencia, fase pública y a cargo de un tribunal colegiado, el hecho de que un juez hubiera actuado realizando algunos actos procesales importantes en la primera fase, le impediría llegar a ser juez sentenciador, por la contaminación psicológica que implicaba para él haber llevado a cabo diligencias de allanamiento, recopilación de prueba incriminatoria, dictado la detención provisional, o en su caso el auto de procesamiento. Todo este tipo de actos, llevados a cabo directamente por el juez, en el sistema anterior, más bien atentaban contra su propia esencia de juez –objetivo e imparcial–, porque en realidad allí se revestía de una naturaleza acusadora, inquisitiva, impropia de un magistrado garante del derecho general a la legalidad y al debido proceso. Actuaba como un mero representante de la sociedad ofendida, a la

manera de un Fiscal. Por el contrario, en la segunda etapa –de sentencia– se esperaría un juez libre de todo conocimiento a priori de la causa y más aun, de toda participación procesal que hubiera implicado algún tipo de adelanto de criterio, y eso no se alcanzaba en la hipótesis de comentario.

A este respecto, valga recordar, que un auto de procesamiento no era un auto final, pero implicaba desde el punto de vista procesal, la necesidad de fundamentarlo, de manera que el juez solamente podía llegar a él a través de una argumentación –fundamentación– acerca de la “probable” participación delictiva del imputado en los hechos investigados. Esa declaración de probabilidad, además, significaba establecer una justificación, un por qué se estimaba que se había dado esa participación delictiva, hacer un recuento de la prueba con que se contaba. Con todo ello, concluyo que un juez en tales condiciones quedaba descalificado jurídicamente para participar en la fase de sentencia, por haber perdido imparcialidad y objetividad.

Bien entendido, pues, el sistema procesal penal anterior debería llevar implícita la garantía de que quien fungiera como “instructor” de la causa, no llegara a ser “sentenciador”, dada la incompatibilidad de la naturaleza de cada una de esas fases y de la naturaleza que debía reunir quien actuara como juez en ellas⁹.

⁹ Debo enfatizar que, en ese sistema o proceso penal, denominado por la doctrina “mixto”, el juez de instrucción más bien era un Fiscal encubierto, dadas las funciones reales que desempeñaba y, por tanto, absolutamente incompatible con la otra función de juez sentenciador (verdadero juez), en donde debía actuar en un todo libre de prejuicios y adelantos de criterio, como los que usualmente se presentaban en tal esquema procesal. De ahí la tesis que siempre he defendido en la Sala Constitucional sobre este tipo de anomalías.

Segunda

Del mismo modo, en el nuevo sistema acusatorio puro, donde se diferencian claramente las competencias de investigación de la Fiscalía y las de garantía que corresponden al juez penal, resultaría una burla injustificada que alguien que habiendo fungido como Fiscal (o aun en algunas hipótesis, un antiguo Juez de Instrucción), luego apareciera en un nuevo papel de Juez Penal o de garantía, como comúnmente se le denomina, autorizando actos restrictivos a la libertad del imputado, ya que aquí se estarían confundiendo las dos competencias, que a mi modo de ver son irreconciliables.

También aquí habría que declarar como ilegítimo y violatorio del debido proceso, que alguien fungiendo como “investigador”, con poderes tales como recabar prueba inculpativa y realizar actividades restrictivas de los derechos del imputado (allanar, decomisar bienes, ordenar prisión preventiva, etc), luego llegue a ostentar una posición que le permita dictar sentencia.

Tercera

Aunque no fue explícita en su momento, creo que por este tipo de razones, la Corte Suprema de Justicia instaló en la ciudad de San José, una Sección de Apelaciones dentro de un Tribunal Superior Penal, a fin de que conociera específicamente apelaciones sobre los temas de la prisión preventiva y evitar así que las otras secciones del Tribunal hubieran participado en el conocimiento de esas situaciones y luego se constituyeran como tribunal de sentencia. Claro que esta disposición se aplicó solamente en la ciudad capital, donde se encuentra el grueso de las causas penales, pero eso no em-

pañá, ni mucho menos, la clara intención de salvar un obstáculo de legitimidad cuando un tribunal ha conocido de cuestiones relativas a la necesidad de mantener preventivamente en prisión a una persona sometida a proceso y posteriormente, en la misma causa, le toca dictar sentencia de fondo.

En cualquiera de las hipótesis citadas, la Sala Constitucional mantuvo, por mayoría, que no se estaba en presencia de una actuación ilegítima y que, consecuentemente, no había violación del derecho a un juez imparcial,

Debe señalarse que el Tribunal Constitucional español, coincidiendo con lo decidido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se refirió a estas cuestiones en términos severos, cuando dijo:

[...] el necesario contacto con los elementos del sumario y el juicio sobre el acusado en el momento de decidir el procesamiento no puede dejar de influir sobre la manera en que el órgano judicial contemple, durante el curso ulterior del proceso, los medios de prueba y los puntos en litigio, lo que cuestiona la imparcialidad para enjuiciar del órgano encargado del procesamiento. Para aplicar el art. 384 L.E.Crim. debe asegurarse de que existen sospechas racionales de que el imputado ha podido cometer el delito del que se le acusa; ello significa una inicial valoración de culpabilidad, por lo que la diferencia entre la cuestión a decidir en el procesamiento y el problema a resolver a la finalización del juicio deviene así ínfima [...] ¹⁰

Ami modo de ver, el razonamiento de los tribunales involucrados en la decisión, es absolutamente transparente.

¹⁰ Sentencia del TCE 55/1990, de 28 de marzo y del Tribunal de Estrasburgo de 24 de mayo de 1989, Asunto Hauschildt.

Si toda persona tiene derecho a ser oída por un juez imparcial, “con las debidas garantías”, como señala el encabezado del artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica, creo que debemos evitar que se baje el nivel de las exigencias para tales condiciones, sin reparos o reservas de ninguna especie y esperar que resplandezca en todos los casos un verdadero debido proceso.

Ningún esfuerzo en esa dirección va a ser resentido por el sistema democrático.

En un precedente que estimo insólito y que por fortuna, creo que no va a tener confirmación con la actual integración de Magistrados de la Sala, se declaró sin lugar un recurso de hábeas corpus en que un juez civil fue “habilitado” de modo *ad hoc* para resolver la prórroga de la prisión preventiva de un imputado, dado que el juez de la causa gozaba de un permiso laboral precisamente el día en que había de tomarse esa decisión sobre la prórroga. A mi modo de ver, si bien no directamente relacionado con el tema del juez imparcial, sino más bien con el de juez legal, juez natural o juez regular, en ese caso la Sala abrió un delicado portillo para que se alteraran las exigencias del debido proceso, pues no se trató de que un Juez civil fuera habilitado para sustituir durante un día completo al juez penal con licencia, sino que se le designó únicamente para resolver exclusivamente lo relativo a la prisión preventiva en un caso concreto¹¹.

¹¹ Desde mi punto de vista, si la opción utilizada por el Consejo Superior del Poder Judicial estuviera expresamente contemplada en la ley, la situación no fuera tan delicada, pero se dio en el contexto de una “urgencia” que llevó al sacrificio del debido proceso, designando un juez *ad hoc* para resolver una cuestión específica dentro de una causa penal.

VI. Precedentes evolutivos -recientes- de la jurisprudencia constitucional sobre el tema

Algunas sentencias recientes de la Sala Constitucional, si bien en otro contexto procesal, marcan un avance en el tratamiento de este importante tema.

Una primera, muy importante, tiene que ver con un reclamo de inconstitucionalidad formulado por una persona sometida a proceso penal, contra la jurisprudencia de un Tribunal Penal en el sentido de que la parcialidad del juez no constituía una causal de recusación.

Expuso la Sala en ese fallo:

[...] Como consecuencia lógica y coherente de lo resuelto en aquella oportunidad, y por constituir la garantía de ser oído por un juez o tribunal independiente e imparcial, un derecho fundamental de toda persona, la jurisprudencia impugnada resulta inconstitucional y así debe declararse. Todo juez, se encuentra supeditado a lo dispuesto por la Constitución Política y por los Tratados vigentes en la República, de ahí que sea su obligación primordial aplicar directamente lo establecido en esos cuerpos legales, máxime si se trata del ejercicio de derechos fundamentales de los ciudadanos. De manera que si la Convención Americana de (sic) Derechos Humanos, consagra como derecho fundamental el de ser oído por un juez independiente e imparcial, quien se sienta agraviado por la infracción a ese derecho puede legítimamente reclamarlo. El régimen de las inhibiciones, recusaciones y excusas tiene su razón de ser en la consecución de una justicia objetiva, imparcial, independiente y cristalina, propia de regímenes democráticos y de derecho, y conforme se señaló, el listado que la ley contempla no agota las posibilidades por las que puede hacerse uso de esos institutos, esto es, no tiene carácter excluyente. En razón de lo expuesto, por oponerse a lo dispuesto en el

artículo 8 de la Convención Americana de (sic) Derechos Humanos, procede declarar inconstitucional la jurisprudencia cuestionada [...] ¹²

Al menos, esta sentencia abre el camino para examinar, caso por caso, cuándo se presenta, según el criterio de los tribunales penales ordinarios y, eventualmente -en casos calificados- la Sala Constitucional, una infracción a este fundamental derecho a que se juzgue a las personas con las debidas garantías y por un juez, entre otras condiciones, imparcial.

Asimismo, en la sentencia número 2002-3771, expresó la Sala Constitucional:

II. La consideración del imputado como inocente (principio de inocencia) es un principio consustancial a la naturaleza misma del proceso debido en un régimen democrático e implica – que ningún individuo puede o debe ser considerado culpable– hasta que una sentencia firme no lo declare como tal. Por ello, en el transcurso del proceso debe considerársele inocente, lo cual implica que no se le puede obligar a demostrar su inocencia, no se le puede presionar para que declare, ni se le puede obligar a hacer prueba en su contra o someterse a tratamientos degradantes o métodos que supongan el olvido de su mencionada condición dentro del proceso [...]

III. El principio de inocencia debe ser observado por el Juez Penal, ya que éste constituye una garantía de su imparcialidad.

La sentencia N°2250-96 de las 15:30 horas del 14 de mayo de 1996, de esta Sala, desarrolló lo anterior en los siguientes términos:

¹² Sentencia N° 4727-1998, de las 9 horas 27 minutos del 3 de julio de 2001.

II. En el caso concreto, se denuncia la parcialidad de los jueces que intervinieron en el debate que concluyó con la condena del imputado por el delito de desacato y se señala que ese defecto es de tal gravedad, que afecta el derecho al debido proceso que tienen los administrados que son sometidos a un proceso penal en calidad de imputados. No se requiere mayor elaboración para establecer que, en efecto, uno de los requisitos fundamentales de cualquier proceso penal, es la imparcialidad del funcionario encargado de decidir, según lo establece de forma explícita el artículo 8.1 de la Convención Americana de (sic) Derechos Humanos [...]

A esto debe agregarse que no podría concebirse un sistema procesal penal como el vigente en este país, pleno de garantías para el imputado y que gira alrededor de la figura del juez como encargado de hacer valer tales garantías, si no existiera la posibilidad de asegurar la imparcialidad del citado funcionario para ponerlo en práctica. Esto resulta suficiente para concluir que incuestionablemente el derecho de que el caso sea decidido por un juez imparcial, forma parte del debido proceso.

A la luz de lo señalado a juicio de este Tribunal, la resolución de las 13:00 horas del 3 de enero del 2002, que ordenó la prisión preventiva del amparado, lesionó la garantía de imparcialidad del juez y el principio de inocencia en su perjuicio. La Jueza [...] al indicar las razones procesales que motivaron la detención del imputado, refiere, entre otras, que éste aceptó los cargos, situación que a su criterio “no deja dudas de la responsabilidad que le asiste en la investigación que hace la Fiscalía [...]”¹³

En esta sentencia –como en otra similar–, la Sala abunda en señalar que hay una incompatibilidad entre el

¹³ Sentencia de las 15 horas 17 minutos del 23 de abril de 2002.

señalamiento de una pretendida aceptación de culpa por parte del imputado, en relación al principio de inocencia que le acompaña durante todo el proceso, al punto de que en otras ocasiones también lo ha calificado nuestra jurisprudencia como un verdadero “estado” de inocencia. Pero, agregado a ello, también ha reiterado la Sala que tales afirmaciones de un juez significan una especie de “imposición de pena anticipada”, inaceptable a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En otro pasaje de la sentencia, agrega la Sala:

Asimismo, el lenguaje contundente en que se expresa la juzgadora en la resolución mencionada, lejos de referirse “al presunto autor de los hechos en investigación” como es lo propio de un Juez de Garantías, indicó que se tiene por acreditado, según lo hace ver el Ministerio Público “que el acusado no solo utilizó un arma de fuego, la que accionó y con ella dio muerte a una persona así como agregó a dos menores, sino que también utilizó un puñal con el que se enfrentó a la policía, con el fin de impedir su detención [...]

Personalmente me reafirmo en la posición que, como integrante de la Sala, sostuve en esta sentencia. Ahora bien, no obstante que el recurso se declaró con lugar, con la consecuencia de indemnización para el amparado, ahora pienso que adicionalmente debió ordenarse que la citada jueza penal no participara más, de ninguna forma, en la causa seguida contra la persona amparada, por ser un hecho gravísimo el que un Tribunal Constitucional la hubiera declarado incurso en esa pérdida de imparcialidad y por la posibilidad de represalias procesales con motivo de haber promovido exitosamente una demanda de amparo constitucional. Es decir,

creo ahora que debimos extremar las medidas en resguardo de “las debidas garantías” a que se refiere la Convención.

Como corolario de esta corta reseña acerca del papel de la Sala Constitucional en estos temas del debido proceso, insisto en nuestro deber de mantener los esfuerzos por lograr culminar una doctrina que satisfaga los parámetros de una justicia en democracia. Lograr, al menos en el ámbito penal, algo que nos repetía y se repetía a sí mismo con frecuencia el Magistrado Piza y que creo debe animar a todos los Jueces de la República y, por qué no, principalmente a los de la Sala Constitucional:

el proceso penal ha de ser no para castigar al delincuente, sino para evitar que se condene a un inocente.

