

PRESENTACIÓN
José Thompson J.

UNA NOTA A MODO DE SEMBLANZA DE ELIZABETH ODIO BENITO
Sonia Picado S.

MI CAMINO DESDE Y HACIA EL MAR
UNA REFLEXIÓN SOBRE LOS ANTES DE MI VIDA
Elizabeth Odio Benito

LAS SIETE PRINCIPALES LÍNEAS JURISPRUDENCIALES DE
LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
APLICABLE A LA JUSTICIA PENAL
Eduardo Ferrer Mac-Gregor

EL PROCESO DE REFORMAS RECIENTES
AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
Felipe González Morales

ELIZABETH ODIO BENITO Y COSTA RICA
SON PRECURSORAS DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL
Gonzalo Monge Núñez

LOS PRESUPUESTOS DE LOS DERECHOS HUMANOS
Pedro Nikken

LA PERSPECTIVA Y EL MANDATO DE GÉNERO
EN EL ESTATUTO DE ROMA
Elizabeth Odio Benito

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN PENAL
DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA
José Thompson J.

LA RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS
Y LA JUSTICIA PENAL INTERNACIONAL
Manuel E. Ventura Robles

59

Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito
Enero - Junio 2014

REVISTA

IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS

59



Edición especial en homenaje a Elizabeth Odio Benito
Enero - Junio 2014

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2014 IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Corrección de estilo: Marisol Molestina.

Portada, diagramación y artes finales: Marialyna Villafranca

Impresión litográfica: Versailles S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un documento en formato digital que debe ser de 45 páginas, tamaño carta, escritos en Times New Roman 12, a espacio y medio.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, teléf., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US \$40,00. El precio del número suelto es de US\$ 25,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones y aquellas personas o instituciones interesadas en suscribirse a la misma, favor dirigirse al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica, o al correo electrónico: s.especiales2@iidh.ed.cr.

Publicación coordinada por Producción Editorial-Servicios Especiales del IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Apartado Postal 10.081-1000 San José, Costa Rica

Tel.: (506) 2234-0404 Fax: (506) 2234-0955

e-mail:s.especiales2@iidh.ed.cr

www.iidh.ed.cr

Índice

Presentación	7
<i>José Thompson J.</i>	
Una nota a modo de semblanza de Elizabeth Odio Benito	11
<i>Sonia Picado S.</i>	
Mi camino desde y hacia el mar Una reflexión sobre los antes de mi vida	17
<i>Elizabeth Odio Benito</i>	
Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal	29
<i>Eduardo Ferrer Mac-Gregor</i>	
El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos	119
<i>Felipe González Morales</i>	
Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precuroras de la Corte Penal Internacional	151
<i>Gonzalo Monge Núñez</i>	
Los presupuestos de los derechos humanos	173
<i>Pedro Nikken</i>	
La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma	245
<i>Elizabeth Odio Benito</i>	

**Evolución de la protección penal de los derechos
de la persona humana**271

José Thompson J.

**La relación entre los derechos humanos y la justicia
penal internacional**..... 303

Manuel E. Ventura Robles

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) presenta el número 59 de su Revista IIDH, cuya edición corresponde a una publicación especial en homenaje a la jurista y magistrada internacional Elizabeth Odio Benito.

La impresionante y rica trayectoria de Elizabeth comprende, además de altos cargos en Costa Rica, una variedad de designaciones en posiciones internacionales, el haberse desempeñado, por ejemplo, como Relatora Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la eliminación de la discriminación en materia de religión y creencias (1980-1983); Jueza del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de la antigua Yugoslavia (1993-1998); activa participante en la Conferencia de Derechos Humanos (Viena, 1993); propulsora del Protocolo opcional a la Convención contra la tortura, hasta su adopción en el 2002, y Magistrada de la Corte Penal Internacional (2003-2012).

En lo personal, debo decir que – además de ser, su vida y obra, inspiración y desafío para todos quienes nos hemos involucrado en los temas de la protección internacional de la persona humana –, Elizabeth me reclutó para la que sería mi primera experiencia de acercamiento a los derechos humanos: formar parte del primer grupo, en Costa Rica, de apoyo a las actividades de Amnistía Internacional, hace ya treinta años. Ese reto, el de buscar formas para hacer más real la vigencia de los derechos fundamentales del ser humano, se quedó en mí hasta constituirse en el eje de mi carrera profesional.

La trayectoria de esta destacada jurista costarricense también es significativa para el IIDH, toda vez que desde 1996 es integrante de nuestra Asamblea General. Su nombre llena de orgullo nuestra lista de altas autoridades.

En esta edición especial de la Revista, en homenaje a doña Elizabeth Odio, y en el marco del décimo segundo aniversario de la entrada en vigor del Estatuto de Roma y décimo sexto de la creación de la Corte Penal Internacional, se cuenta con los artículos académicos de Manuel E. Ventura Robles (Costa Rica); Gonzalo Monge Núñez (Costa Rica); Felipe González Morales (Chile); Pedro Nikken (Venezuela); Sonia Picado (Costa Rica); Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México), de mí mismo y de la propia Elizabeth Odio (Costa Rica).

En esta revista homenaje número 59, se hace un repaso de la evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana. Para ello, se hace un recuento de los antecedentes que fomentaron los primeros pasos en el desarrollo del Derecho Penal Internacional (DPI), tomando en cuenta los factores históricos y los avances jurídicos consecuentes; se analiza el estado actual bajo el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional (CPI), destacando sus principales avances y desafíos y, finalmente, se estudia la interacción entre el DPI y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), con énfasis en los avances doctrinales y jurisprudenciales en nuestra región.

Además, se analizan los presupuestos de los derechos humanos y la relación que existe entre éstos y la justicia penal internacional, se repasan las diferencias entre el DPI y el DIDH, con énfasis en la práctica que realizan la Corte Penal Internacional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

incluyendo líneas jurisprudenciales de la Corte IDH aplicables a la justicia penal.

Por otra parte, se hace un repaso de la trayectoria de la doctora Odio Benito y los pasos que debió seguir la política exterior de Costa Rica, ambos como elementos indispensables en la consolidación de la Corte Penal Internacional.

Finalmente, en cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se repasan las últimas reformas reglamentarias, el proceso que las propició y los alcances avanzados en la evolución de los órganos del Sistema.

Aprovecho esta presentación para agradecer en nombre del IIDH a las autoras y autores que han hecho llegar al IIDH sus contribuciones académicas para esta edición especial de la Revista en honor a Elizabeth Odio. Y a la propia Elizabeth, nuestro homenaje por llenar de obra prolífica y valiosa su vida tan intensa y por mostrarnos que, por terrible que esta senda pueda ser, la lucha por los derechos de la persona humana como escogencia académica y profesional es válida, desafiante, necesaria y pertinente.

*José Thompson J.
Director Ejecutivo, IIDH*

Una nota a modo de semblanza de Elizabeth Odio Benito

*Sonia Picado S.**

Hacer una semblanza de Elizabeth Odio que pretenda rescatar al menos unas pinceladas de su rica trayectoria, presenta para cualquier persona un reto difícil pero sin duda estimulante. En mi caso se trata de hablar de mi entrañable amiga, de mi hermana de la vida.

Desde que nos conocimos como alumnas de la Facultad de Derecho hasta el día de hoy, puedo decir que he sido testigo privilegiada de su extraordinaria carrera, así como de la generosidad y cariño que reparte a raudales y que desmiente la apariencia a veces demasiado seria con que se enfrenta a la vida.

Tuvimos la suerte de tener en nuestras familias dos abogados, figuras emblemáticas que nos guiaron por los caminos del Derecho, Ulises Odio, tío de Elizabeth, y mi padre, Antonio Picado. De ellos heredamos nuestro amor por la Justicia y su aplicación en el sentido más estricto y más humano de la palabra. Nuestras madres, por su parte, nos apoyaron en momentos en que ser profesionales no era la meta de una mujer y compartieron nuestros triunfos y también desengaños, con el respeto, respaldo y comprensión que sólo da una madre.

He querido iniciar esta semblanza no con sus atestados académicos y profesionales, sino más bien con detalles de ese

* Ex Jueza de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Presidenta Honoraria del IIDH.

ser humano que no todos conocen, y que ante mis hijos no es sino tía Eli, y que ha representado parte integral de nuestra familia a través de los años.

Decía Jean-Paul Sartre que la medida de nuestra vida son nuestras obras, si entendemos el sentido de la responsabilidad y la opción de ejercicio de la libertad que representa el tiempo que nos ha sido dado en este mundo. Desde esta perspectiva, la abundancia de obras en la vida de Elizabeth Odio se constituye en testimonio de la lucha, compromiso y realización de una mujer extraordinaria.

Como docente, como jurista, como política y como figura internacional, Elizabeth ha destacado, ha dado su aporte decisivo y ha abierto fronteras, dejando en cada caso su marca personal y su estilo inconfundible y manteniendo un vínculo permanente con la lucha por los derechos humanos y los derechos de la mujer.

Como docente, el nombre de Elizabeth Odio aparece asociado a la labor universitaria, en centros de estudio de diversas latitudes, desde su querida Universidad de Costa Rica, a la cual ha estado ligada por más de dos décadas, hasta las aulas y cátedras de América Latina y Europa, como profesora y conferencista invitada. Puedo dar fe de lo que el mundo universitario representa para Elizabeth, desde que la vida nos dio la oportunidad de estudiar y luego trabajar de cerca en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, alimentando esperanzas y sufriendo decepciones en nuestra doble condición de docentes y mujeres, avanzando proyectos de estudio y de investigación a la vez que intentábamos romper los reducidos esquemas que el masculinísimo imperante imponía a la mujer, aun en el mundo intelectual. Recibió el Doctorado Honoris Causa de la Universidad de St. Edwards, en Austin, Texas, y de la Universidad Nacional de Costa Rica.

Más recientemente, la Universidad de Costa Rica le confirió la máxima distinción académica de ese centro de estudios, denominada “Rodrigo Facio Brenes”, otorgamiento que le llegó al corazón.

Como figura política, en su patria, Costa Rica, Elizabeth acumula una carrera notable, no sólo por haber ostentado dos veces (1978-1982 y 1990-1994) el Ministerio de Justicia, sino por haber llegado a la Vicepresidencia de la República, mientras asumía a la vez la cartera del Ministerio del Ambiente (1998-2002). La suya ha sido una carrera política indisolublemente unida al Derecho y a la búsqueda de la Justicia y ha sabido agregar a ella la amplitud de su perspectiva internacional. Su compromiso y honradez en el desempeño de la función pública son ejemplo de la rectitud que debe tener quien sirve a la Patria con total dedicación, dejando a un lado intereses personales o partidarios.

Como jurista, es asombrosa la labor que acumula la trayectoria de Elizabeth, sobre todo cuando se echa una ojeada a la marca que sus obras han dejado en el sistema de Naciones Unidas: Relatora Especial de la Subcomisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación en Materia de Religión y Creencias (1980-1983), figura de primer plano en la Conferencia de Derechos Humanos (Viena, 1993), Jueza del Tribunal Internacional para juzgar los crímenes de la Antigua Yugoslavia (1993-1998) y propulsora indómita del Protocolo opcional a la Convención contra la Tortura, hasta su adopción en el 2002. Ha recibido distintos reconocimientos de organismos nacionales e internacionales.

Pero más que nada, el nombre de Elizabeth Odio significa fe inquebrantable en que los derechos humanos son obligaciones ineludibles y que para su defensa son necesarios todos los terrenos,

el oficial y el no gubernamental, el local y el internacional, la labor individual y el compromiso con los grupos de acción. Y en los derechos humanos, ha hecho de la lucha por los derechos de la mujer el norte de sus mejores esfuerzos. A Elizabeth debemos mucho las mujeres de todas las latitudes del mundo, porque la suya no ha sido una batalla estrecha, sino una labor constante de levantar consciencia, de abrir espacios, de reinterpretar las normas, de empeñarse en un nuevo enfoque. Esta trayectoria impresionante fue reconocida una vez más al acordar los Estados Parte su nombramiento como Jueza de la Corte Penal Internacional (2003-2012), posición desde la cual dio nuevas luces y abrió nuevas rutas para la defensa de la integridad de la persona humana y para la sanción de los infractores de las normas que protegen la dignidad de todos los seres humanos, en la guerra y la paz. Ese importante reconocimiento nos llenó de satisfacción y devolvió la fe en el futuro de los tribunales internacionales en esta difícil y delicada labor.

He tenido el honor y el privilegio de conocer a Elizabeth durante muchos años, de estar lado a lado con ella en contiendas y en empeñosas tareas, de contar con ella y con su sagaz consejo para escudriñar salidas a las dificultades que la vida nos pone por delante. Soy por eso mismo destino de su valentía y entereza, de su capacidad para luchar y de su fortaleza para abrazar fervientemente las causas en las que cree, de su valor extraordinario como ser humano y del privilegio que representa ser amiga.

Pero, más que mi testimonio, están sus obras abundantes y sólidas, para dejar constancia de su fuerza y de su convicción, de su ejercicio de las energías en esta vida, plenamente consciente de que hay que usar los espacios y los talentos para hacer del mundo un mejor lugar donde vivir.

Para quienes tenemos fe en el Derecho y la Justicia como principios fundamentales de una verdadera democracia, la trayectoria de Elizabeth nos da razones múltiples para creer, celebrar y motivar a las nuevas generaciones.

Espero que esta breve semblanza ayude a quienes compartan esta revista del IIDH a comprender mejor la capacidad humana e intelectual de esa gran mujer que es Elizabeth Odio Benito.

Mi camino desde y hacia el mar

Una reflexión sobre los antes de mi vida

*Elizabeth Odio Benito***

Crecer junto al mar me dio una infancia de horizontes sin límites. No había montañas que encerraran la imaginación de una niña que creía en mundos submarinos poblados de tesoros. Y que había leído mucho sobre países lejanos a donde se podía viajar para ver lo que había del otro lado del mar.

Ese territorio mágico de una niñez de juegos marinos, de bicicleta, de libros de aventuras, fue cultivado con amor por mi madre y por maestras cuya vocación docente era de la misma estirpe que la de mi padre.

Hubo, sin embargo, en esos felices años infantiles una tragedia nacional que nos trajo el miedo y el dolor que vi reflejados en los rostros de mis mayores cuando yo apenas empezaba mi escuela.

Una guerra civil que no entendí sino muchos años después, quedó impresa en mi memoria con horror y fue sin duda la semilla de mi eterno rechazo por las guerras, por todas las guerras del mundo.

Un destino que me habían reservado los astros, en los cuales creo, me trajo luego a vivir entre montañas. Descubrí que pese a todo, también en la Meseta Central se podía soltar la imaginación en tardes lluviosas a la salida del Colegio. Era cuestión de ver

** Ex Magistrada de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

en los charcos de las calles josefinas pequeños esteros donde flotaran barquitos de papel.

Pero llegó un día en el que el desafío que me marcaron los astros fue aún mayor. Un puñado de visionarios educadores encabezados por don Rodrigo Facio Brenes nos abrió un mundo nuevo a los y las bachilleres de 1956 que aspirábamos a entrar a la vida universitaria. Para nuestras jóvenes mentes el desafío se llamó Estudios Generales, Facultad de Ciencias y Letras, Universidad de Costa Rica.

Convocados a la aventura de un cambio histórico en la enseñanza universitaria, en marzo de 1957 llegamos a la UCR de todas partes del país, muchachas y muchachos, cuadernos y lápiz en mano, tímidos, nerviosos, sintiendo por vez primera el temor reverencial que inspira la sabiduría de los mayores.

Había entonces mucho menos “pretil”¹ que ahora. En realidad, no había pretil del todo, ni más tiempo que el de tomarse un café en la soda, nuestro punto de reunión, y cuando la suerte acompañaba porque algún profesor faltaba, cruzar la calle e ir a la soda Guevara donde la repostería era mejor, o tal vez sólo más barata.

Eran nuestros Estudios Generales lecciones intensas de filosofía, de matemáticas, de sociología, de biología, de español, de arte. Don Rodrigo y sus colegas habían planeado cuidadosamente formar integralmente en ese primer año universitario a los profesionales que algún día seríamos. Ellos lo tenían muy claro y así nos lo transmitieron: antes de especializarnos en las disciplinas profesionales debíamos cultivarnos en artes, ciencias y letras. En Humanidades, que también se les llamaba.

1 En la Universidad de Costa Rica, un espacio abierto que sirve de encuentro para los y las jóvenes estudiantes y alguno que otro docente.

Y lo lograron. Para ello trajeron de Europa maestros como Constantino Lascaris, Roberto Saumels, Salvador Aguado. También vinieron de Estados Unidos y de Sur América. Aquí teníamos notables maestros humanistas como Abelardo Bonilla, Enrique Macaya, Isaac Felipe Azofeifa, Emma Gamboa, María Eugenia Dengo, Hilda Chen Apuy, Marta Jiménez, entre muchos otros.

Ese 1957 y los años que siguieron, fueron luminosos y definitivos en nuestras jóvenes vidas. Aunque claro que también hubo sinsabores que había que superar. Como el traspíe que dio al traste con mi sueño de ser parte (nunca aspire a solista) del coro universitario que se formaba bajo la dirección del maestro Carlos Enrique Vargas.

En el Colegio Superior de Señoritas, don Carlos Enrique había sido mi profesor de música. Del excelente maestro que era aprendí muchas cosas sobre música, pero jamás pude ser admitida en el coro del colegio, con lo cual soñaba. Nunca he podido dar las notas que se requieren para que letra y música combinen y el fino oído de don Carlos Enrique bien que lo sabía. Pero al llegar a Estudios Generales no había requisitos para matricularse en el coro ni en ninguna actividad cultural de las ofrecidas. Ninguna audición previa ni nada por el estilo. Era mi oportunidad dorada. Sin embargo, mis astros me abandonaron esta vez pues casi en la primer semana de clases, cuando apenas se abría la matrícula para el bloque de lo cultural, una mañana me encontré con don Carlos a quien iba a saludar muy afable, pero antes siquiera de poder darle los buenos días, me dijo muy serio: Elizabeth, ¿verdad que Ud. no se va a matricular en coro?

Recompuse mi maltrecho orgullo y me matriculé en Artes Plásticas con don Paco Amighetti, quien felizmente no requería que supiéramos dibujar.

Desilusiones aparte, ese primer año de Estudios Generales fue una experiencia irrepetible. La sólida formación académica que me proveyó el Colegio Superior de Señoritas se complementó y completó con esas Humanidades que don Rodrigo Facio y sus colegas abrieron para nosotros.

Luego vino la Facultad de Derecho, los años del Derecho Romano, los códigos, las obligaciones, los contratos, los procedimientos, los juicios universales. La lógica jurídica que se aprendía a duras penas. Para compensar estaban las amistades que duran hasta hoy, la soda y celebrar cada 5 de mayo la pasada. Y claro, las vacaciones de verano en Puntarenas.

Para cuando obtuve mi Licenciatura en Derecho, recién apenas empezaba a entender que si bien la imaginación marinera podía seguir suelta, los límites existían, eran reales en el mundo y en nuestro país.

Durante la hecatombe que había sido la Segunda Guerra Mundial, un genocidio atroz había casi extinguido a los judíos europeos. En un lejano país llamado Suráfrica un régimen oprobioso mantenía a los negros en condiciones infrahumanas frente a los privilegios de los blancos. En Costa Rica los afrocaribeños nuestros sufrían distintos tipos de discriminaciones. Los indígenas no existían. Y las mujeres, si bien gozábamos de igualdad formal en la Constitución de 1949, éramos poco menos que inexistentes en el mundo del poder político, subordinadas en los ámbitos familiares y marginadas en el mundo laboral.

¿De que me serviría en ese mundo mi formación jurídica? ¿Qué podía aportar yo para que nuestro país, nuestra sociedad, fuera, un poquito al menos, más justa y solidaria? ¿Por dónde empezar a contribuir y a retribuir en algo lo mucho que ya para entonces había yo recibido de mi país, de mi familia?

Llevada por el entusiasmo y los ideales de que la Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo, según me habían enseñado los jurisconsultos del Derecho Romano clásico, combiné la incipiente práctica de mi profesión con el mundo de la política y de la docencia universitaria.

En política las experiencias iniciales no fueron muy exitosas, pero contando de nuevo con los astros alineados correctamente, llegué a ser Ministra de Justicia a fines de la década de los 70, y mis funciones me pusieron en contacto con las víctimas de las atroces guerras civiles centroamericanas y de las barbaries del Cono Sur, que por esos años llegaban a Costa Rica en busca de refugio y protección.

De ese dolor ajeno, pero tan cercano, entendí que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que había surgido luego de la segunda guerra y que contenía una nueva visión del mundo y de las personas en su Declaración Universal de 1948, era la respuesta a mis preguntas. Era esa la Ética que debía regir mi vida personal y profesional para contribuir en lo posible con la Paz y la Justicia, en Costa Rica o más allá.

Como Ministra me involucré a fondo, quizás un poco fuera de los límites que marca el ejercicio de una función pública – pero recuerden que yo de límites sé muy poco –, en las labores de denuncia en los foros internacionales a donde llevaba la voz de las víctimas latinoamericanas de las torturas, de las desapariciones, de la ignominia.

Colaboré con el presidente Carazo en las tareas diplomáticas y administrativas de hacer realidad la vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1966, la cual trajo consigo la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Era el nacimiento anhelado del sistema de promoción y protección de los derechos humanos concebidos para las

víctimas latinoamericanas y que, por muchos años, había sido sólo un ideal.

Luego de acabar mi función pública en 1982, seguí formando parte desde Ginebra de un trabajo internacional que llevaba algo de alivio y apoyo a las víctimas de las torturas de regímenes oprobiosos, de nuestra América y de todos los continentes. Pero en esos años 80, las víctimas latinoamericanas eran las que en mayor número llegaban en busca de ayuda a Ginebra, donde funcionaba este Fondo de Naciones Unidas.

Ahí conocí un horror del que en Costa Rica para entonces no habíamos oído hablar: los bebés robados a las jóvenes madres torturadas y asesinadas por el terrorismo de Estado en sus centros de detención en Argentina. Y conocí también el coraje y el dolor hecho bandera de lucha de las Abuelas argentinas de la Plaza de Mayo, con Estela de Carloto a la cabeza.

Ellas, esas abuelas que ya no buscaban a sus hijos o hijas desaparecidos por la dictadura, llegaban a Ginebra a pedir alguna donación del Fondo de la ONU para crear un banco genético para algún día, nos decían, tener pruebas con los que buscar a sus nietos y nietas.

Era apenas una remota esperanza, pero de esas remotas esperanzas se nutre una justicia humana de derechos humanos a la que no debemos poner límites.

Ahora les confieso que cuando hace pocos días las noticias del mundo divulgaron que 36 años después, el nieto de Estela de Carloto había aparecido, lloré. Me sentí feliz de comprobar que la solidaridad funciona, que gracias a ella, los mecanismos de protección de los derechos humanos, por sencillos que puedan parecer, van a funcionar en algún momento. Y ese abrazo histórico de la abuela que nunca dejó de buscar a su nieto,

era una victoria y una recompensa para quienes militamos en derechos humanos.

En 1993 los astros nuevamente me marcaron el camino de la solidaridad que da vida y sentido a los derechos humanos. Se celebraba en Viena en junio de ese año una Conferencia Mundial de los Derechos Humanos en la cual las mujeres de todas las regiones del mundo sumábamos nuestros reclamos para que se reconociera que nuestros derechos también eran derechos humanos. Porque aunque es difícil creerlo, para entonces los derechos de las mujeres no gozaban de la misma protección y reconocimiento que los de los varones de la especie humana.

No cabe contarles aquí todo lo que había detrás de esa lucha de las mujeres del mundo en años de discriminaciones e inequidades. Sólo quiero mencionarles que contra reglamentos obtusos que nunca faltan, una noche y fuera de la agenda oficial, las delegaciones de la Conferencia abrimos espacios y micrófonos para que grupos de mujeres que venían de la guerra civil que entonces se libraba en la Antigua Yugoslavia, le contaran al mundo la atroz violencia sexual que sufrían en el conflicto. No eran sólo las de Bosnia Herzegovina por ser musulmanas, eran también las croatas, católicas, y las serbias, ortodoxas, todas simplemente por ser mujeres. Eran miles repitiendo el patrón histórico de que en cada conflicto armado, en toda guerra, desde el principio de los siglos, las mujeres éramos el botín de los hombres. Un crimen de guerra cubierto por la impunidad histórica de milenios.

De nuevo el contacto directo con las víctimas inocentes de la insania y la maldad de quienes desatan guerras para satisfacer intereses políticos, económicos, religiosos, o simplemente para vengar ofensas tribales de años remotos, me movieron a aceptar formar parte de un capítulo hasta entonces inédito en

las Naciones Unidas: ser Magistrada Penal Internacional en un Tribunal Penal ad hoc constituido en 1993 por el Consejo de Seguridad para detener la guerra y sancionar a los responsables de los horrendos crímenes de guerra.

Cuando la guerra en la Antigua Yugoslavia, iniciada en 1991, fue seguida por el genocidio de 1994 en Ruanda, las Naciones Unidas adoptaron la decisión de agregar mecanismos judiciales al mundo del Derecho Internacional a fin de garantizar la paz y la seguridad en el planeta.

En esos tribunales ad hoc que se establecieron, uno para juzgar a los criminales de Yugoslavia y el otro para el conflicto ruandés, no se incluyeron derechos de las víctimas.

Las mujeres que en ambos conflictos habían sufrido toda suerte de violaciones y vejaciones a su dignidad de mujeres, sólo pudieron denunciarlo en sus declaraciones como testigos en los juicios que en ambos tribunales comenzaron a celebrarse.

La justicia y las reparaciones que les ofrecimos fue oír las y convertir sus sufrimientos en una jurisprudencia de crímenes internacionales de violencia sexual que desde entonces forma parte del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Penal Internacional, y es de aplicación obligatoria.

Ese mundo de los derechos humanos y de solidaridad con las víctimas al que mis astros me han ido conduciendo como el camino a seguir, tiene lo que por lo menos hasta hoy es un capítulo que sólo mis astros saben si será el último o el penúltimo.

Volví al mundo de la Justicia Penal Internacional en el año 2003 para integrar la Corte Penal Internacional permanente que, en la euforia de la caída del Muro de Berlín, se aprobó en Roma, en 1998, junto con el Estatuto que le dio vida.

En este Estatuto se contienen progresos impensables años atrás como una perspectiva de género, los crímenes de violencia sexual cometidos contra las mujeres y los derechos de las víctimas.

Volví a los estrados judiciales a escuchar el dolor de las víctimas, mujeres y hombres, niñas y niños, que en los conflictos armados que resuenan hoy con ribetes apocalípticos por el planeta, sufren toda suerte de violaciones a sus derechos humanos.

Terminé mis años de mandato judicial en el 2012 con un regusto amargo, pues la lentitud de la Justicia Penal Internacional, por una parte, y los límites imponderables que toda organización internacional impone, no me dieron muchas satisfacciones en mis empeños de ofrecer a las víctimas el pleno reconocimiento de sus derechos en los procesos judiciales de los que formé parte.

Pero los mejores años de esa Corte están por venir. Yo ya sé que aunque lenta, la justicia que las víctimas demandan algún día les será servida.

En este camino hacia los horizontes sin límites de mi infancia que la Universidad de Costa Rica empujó aún más lejos, llegué a ejercer la docencia en la Facultad de Derecho. Lo he dejado adrede para contarlo al final porque esta parte de mi camino es la más jubilosa, la más lúdica, la más entrañable.

En paralelo con mis aventuras políticas y mis trabajos en derechos humanos, dentro y fuera de Costa Rica, llegué a la Facultad de Derecho en calidad de docente improvisada una mañana del mes de marzo de 1968, llamada con urgencia por Jorge Enrique Guier y Carlos José Gutiérrez, ante una inesperada oleada de estudiantes.

Derecho era entonces un reducto patriarcal donde por más de 100 años las mujeres no habían ejercido nunca la docencia.

Ahí empezó una de las etapas más fecundas de mi vida, durante la cual aprendí más de lo que enseñé.

Aprendí mucho porque estudiaba mucho para alumnas y alumnos inteligentes y exigentes. Siempre amé la docencia y siempre amé el Derecho. Investigaba y preguntaba a quienes sabían más que yo. Dedicaba muchas horas a hablar con Ulises Odio, maestro de maestros. Me preparaba lo mejor posible.

Me matriculé en una especialización en Estudios de Género que en la Universidad Nacional impartía en 1986 la Dra. Sara Sharratt, otra maestra de maestras, para mejor entender el derecho de los patriarcas. Y así enseñarlo mejor.

Con mis alumnos tuve siempre, de principio a fin de mi carrera docente, relaciones dialécticas. A veces de tesis, a veces de antítesis, a veces de síntesis. Pero siempre los quise mucho y puse lo mejor de mi intelecto y de mis afectos para sacar lo mejor de sus jóvenes mentes. Ellos por entonces creían que no. Hasta una horrible leyenda negra me inventaron y se la fueron transmitiendo de generación en generación. Yo, decían, era muy buena profesora, pero muy brava y los regañaba mucho. Eso decían, pero no era completamente cierto. Sólo en la parte en que los regañaba, como se reprende a los hijos o a los sobrinos para que formen buenos hábitos y sean mejores cada día. Terminaban entendiendo mi particular pedagogía y al graduarse, se iban convirtiendo en excelentes profesionales, distinguidos en la judicatura, en el ejercicio liberal, en la política, en la docencia.

Dedicarle gran parte de mi vida a la docencia y a la lucha por los derechos humanos y la Justicia Penal Internacional, en el

fondo es una sola cosa. Un sólo el camino recorrido, caminado desde y hacia el horizonte.

Sé que los criminales del mundo un día comparecerán ante la justicia penal a responder por sus actos, aunque ello tarde más de 30 años, como ha ocurrido con la sentencia que hace pocos días dictó el Tribunal constituido para juzgar a los Jemeres Rojos por la barbarie del genocidio de Cambodia, que costó la vida a cerca de 2 millones de civiles inocentes.

Como esperaron las víctimas de la barbarie contra la etnia maya en Guatemala, perpetrada por Ríos Mont, para oír la sentencia que 30 años más tarde lo condenaba a cadena perpetua.

O como esperó la abuela argentina 36 años para abrazar a su nieto.

De esas pequeñas y grandes victorias de la Justicia Penal Internacional, de los progresos en el goce de nuestros derechos humanos, de la misión insustituible de la universidad y de la educación para que la nuestra sea una sociedad más justa y equitativa cada día, es que se nutrirán siempre mi optimismo y mi fe.

Como se nutren en las tardes en las que en Puntarenas me paro frente al mar de la infancia remota, cuyo rumor me recuerda que los sueños y la imaginación no tienen límites. Aunque, como las olas y las mareas vayan y vengan, suban o bajen, como el mar, jamás se detendrán.

San José, septiembre de 2014

Las siete principales líneas jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aplicable a la justicia penal

*Eduardo Ferrer Mac-Gregor**

Introducción

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o Tribunal Interamericano) en materia de justicia penal es tan rica como abundante, si tenemos en consideración que de los 172 casos contenciosos que ha resuelto hasta finales de enero de 2014, aproximadamente 140 se refieren a esta materia¹.

Lo anterior implica que un 81% del total de casos contenciosos están directamente relacionados con la materia penal o procesal penal. Para efectos de estudio y sistematización, podemos agrupar estos 140 casos relacionados con la justicia penal en siete grandes líneas jurisprudenciales, que el Tribunal Interamericano ha venido desarrollando a lo largo de sus más de veinticinco años de jurisdicción contenciosa, desde la primera sentencia de

* Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Como se advierte, para efectos del presente estudio de análisis jurisprudencial, se analizan sólo los casos contenciosos y no las medidas provisionales, supervisión de cumplimiento de sentencias y opiniones consultivas, que a nuestro juicio también conforman la jurisprudencia interamericana, como lo hemos puesto de relieve en varias ocasiones.

fondo que dictó en el emblemático caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras*, de 1988².

Estas siete principales líneas jurisprudenciales (mencionando el número de casos y porcentaje que la integran del total de asuntos en justicia penal)³ son: (1) tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (89 casos, 51%); (2) ejecución extrajudicial (42 casos, 24%); (3) desaparición forzada de personas (35 casos, 20%); (4) jurisdicción militar (19 casos, 11%); (5) leyes de amnistía (14 casos, 8%); (6) responsabilidades ulteriores en el ejercicio de la libertad de expresión (8 casos, 4%), y (7) pena de muerte (5 casos, 2%).

Cabe aclarar que hemos destacado las siete principales líneas jurisprudenciales atendiendo el número reiterado de casos que ha conocido el Tribunal Interamericano y al impacto que han tenido en el ámbito interno de los Estados. Existen, evidentemente, diversos temas no contemplados en estas líneas jurisprudenciales de gran trascendencia para la justicia

2 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4. No debe pasar inadvertido que si bien esa sentencia es la primera que resuelve el fondo de un caso, un año antes, derivada de su competencia contenciosa, la Corte IDH había emitido diversas resoluciones de excepciones preliminares, relativas a los casos *Velásquez Rodríguez*, *Fairén Garbi y Solís Corrales* y *Godínez Cruz*, todos v. Honduras, resoluciones de 26 de junio de 1987.

3 Se menciona el número de casos y el porcentaje que esos casos representan con relación a la totalidad de casos que la Corte IDH ha conocido en materia de justicia penal. Esto significa que el porcentaje reflejado tiene como punto de referencia el número total de casos en materia penal o procesal penal (140) y no el número total de casos que el Tribunal Interamericano ha conocido en ejercicio de su jurisdicción contenciosa (172) hasta enero de 2014. Es importante aclarar que dado que existen casos que tratan diversos tópicos (por ejemplo, un caso puede tratar de desaparición forzada y tortura a la vez), el total de casos y porcentajes de cada apartado debe ser tomado de manera independiente con relación al número total de casos en materia de justicia penal.

penal, por ejemplo, los relativos al principio de legalidad y de no retroactividad, presunción de inocencia, adecuada defensa, doble instancia, *ne bis in idem*, entre otros (18 casos, 10% del total de casos en materia de justicia penal).

En el presente trabajo abordaremos los elementos centrales de cada línea jurisprudencial. Nuestro análisis comienza con una introducción en la que se menciona el número de casos que la Corte IDH ha conocido en la materia específica y el porcentaje de los mismos con relación a la totalidad de casos que ha conocido en materia de justicia penal y los Estados que han sido condenados y el número de veces que ha sucedido. Se hacen algunas observaciones con relación a los temas centrales de la jurisprudencia en la materia, teniendo en consideración los elementos normativos más importantes del *corpus iuris* que sirven como base para el desarrollo de la línea jurisprudencial correspondiente. La segunda parte de cada apartado evalúa los elementos más importantes en la jurisprudencia de cada tema, en algunos casos analizando también el *leading case* que dio origen a la línea jurisprudencial⁴.

Es importante tener en cuenta que el análisis aquí presentado no pretende ser exhaustivo, sino simplemente ofrecer una panorámica a manera de primera aproximación de estas grandes líneas jurisprudenciales en sus rasgos más significativos.

4 Esto lo hacemos en aquellos temas cuyo desarrollo está íntimamente vinculado a una actividad creativa y protectora de la Corte IDH.

1. Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido 89 casos sobre tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, lo que representa un 51,74% del total de casos que ha conocido en materia de justicia penal en ejercicio de su jurisdicción contenciosa⁵, de los cuales 60 se refieren a tortura, temática que fue motivo de análisis desde la primera sentencia de fondo, en el caso *Velázquez Rodríguez v. Honduras* (1988), hasta el más reciente en la materia, el caso *J. v. Perú* (2013).

En el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la prohibición a la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos y degradantes se encuentra prevista en el artículo 5.2: “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de su libertad será tratada con el respeto debido”. La materia se rige de manera específica por la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (CIPST), la cual da una definición de tortura y establece el deber a cargo de los Estados de tipificación de este delito y de adoptar medidas de información y preparación de funcionarios públicos para evitar hechos de tortura⁶.

5 Se han excluido aquellos casos donde se han declarado violaciones al artículo 5 de la Convención Americana a favor de los familiares.

6 Hasta la fecha en que realizamos el presente estudio ha sido ratificada o se han adherido a la CIPST 18 países, entre los cuales se encuentra México, que lo hizo 1987. La CIPST define la tortura en los siguientes términos: “Para los efectos de la presente Convención se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación

Por violación a esta materia han sido declarados internacionalmente responsables los siguientes Estados: Perú (14), Guatemala (13), Colombia (11), Honduras (7), Ecuador (6), México (6), Venezuela (6), Argentina (5), El Salvador (4), Bolivia (3), Paraguay (3) Haití (2), República Dominicana (2), Barbados (1), Brasil (1), Chile (1), Panamá (1), Surinam (1), Trinidad y Tobago (1) y Uruguay (1).

b. Elementos más importantes en la jurisprudencia en materia de prohibición a la tortura y a los tratos crueles, inhumanos y degradantes

i. Tortura

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte IDH, la tortura se constituye por un acto: (1) que sea intencional, es decir que los actos cometidos no sean producto de una conducta imprudente, accidental o de un caso fortuito; (2) que cause severos sufrimientos físicos o mentales, lo cual se determina al considerar factores endógenos y exógenos, tales como las características del trato, la duración, el método utilizado o el modo en que fueron infringidos los padecimientos, los efectos físicos y mentales que estos tienden a causar (factores endógenos), así como las condiciones particulares de la persona que sufre dichos padecimientos, como es la edad, el sexo, el estado de salud y cualquier otra circunstancia personal (factores exógenos); (3) que se cometa con cualquier fin o propósito

sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

como podría ser forzar una confesión en el sentido deseado por las autoridades⁷.

Para conceptualizar adecuadamente los diferentes elementos que componen el sufrimiento mental que es constitutivo de tortura, la Corte IDH ha creado el concepto de **tortura psicológica**. La tortura psicológica es producida cuando las amenazas y el peligro real de someter a una persona a lesiones físicas genera una angustia moral de grado tal que pueden ser calificadas de esta manera⁸. En el caso *Cantoral Benavides v. Perú* (2000), el Tribunal Interamericano estableció que pueden calificarse como torturas psíquicas aquellos actos de agresión infligidos a una persona que han sido preparados y realizados deliberadamente contra la víctima para suprimir su resistencia psíquica y forzarla a autoinculparse o a confesar determinadas conductas delictivas, o aquellos que buscan someterla a modalidades de castigo adicionales a la privación de la libertad en sí misma⁹.

En determinadas circunstancias, la Corte IDH también ha considerado que la **violencia sexual** contra la mujer constituye una violación al artículo 5.2 de la Convención Americana¹⁰. En este contexto normativo, el Tribunal Interamericano ha calificado la violación sexual realizada por un agente del

7 Cfr. *Caso Bueno Alves v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de mayo de 2007, Serie C No. 164, párrs. 79-87; *Caso J. v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2013, Serie C No. 275, párr. 364.

8 Cfr. *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 92; *Caso J. v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 364.

9 Cfr. *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, fondo, sentencia de 18 de agosto de 2000, Serie C No. 69, párr. 104.

10 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 306.

Estado como un acto de violencia sexual especialmente grave y reprobable, dada la vulnerabilidad de la víctima y el abuso del poder que despliega el agente, dirigido a intimidar, degradar, humillar, castigar o controlar a la persona que lo sufre, lo cual permite su calificación como tortura¹¹. Esta calificación de la violación sexual como tortura es también resultado del trauma que genera para quien la sufre y por el hecho de que puede tener severas consecuencias y causar gran daño físico y psicológico, lo cual deja a la víctima humillada física y emocionalmente, situación que es difícilmente superable por el paso del tiempo¹².

También ha considerado que una violación sexual puede constituir tortura aun cuando consista en un solo hecho u ocurra fuera de instalaciones estatales, como puede ser el domicilio de la víctima. Esto es así ya que los elementos objetivos y subjetivos que califican un hecho como tortura no se refieren ni a la acumulación de hechos ni al lugar donde el acto se realiza, sino a la intencionalidad, a la severidad del sufrimiento y a la finalidad del acto¹³. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención contra la Tortura, la Corte IDH ha estimado que los actos de violencia sexual, configurados como violación sexual por sus efectos, constituyen un acto de tortura¹⁴.

11 Cfr. *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de agosto de 2010, Serie C No. 215, párrs. 127 y 128; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2010, Serie C No. 216, párr. 117.

12 Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 306 y 311; *Caso Fernández Ortega y otros v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 119.

13 Cfr. *Ibidem*, párr. 128; *Caso Rosendo Cantú y otra v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 118.

14 En el caso del Penal Miguel Castro y Castro, la Corte IDH determinó que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta

ii. Tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

La Corte IDH ha especificado respecto de las **condiciones de detención** que de conformidad con el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en una situación de detención compatible con su dignidad personal, lo cual debe ser asegurado por el Estado en razón de que éste se encuentra en posición especial de garante con respecto a dichas personas, ya que las autoridades penitenciarias ejercen un control total sobre éstas¹⁵. En particular, ha considerado que la detención en condiciones de hacinamiento, con falta de ventilación y luz natural, sin cama para el reposo ni condiciones adecuadas de higiene, constituye una violación a la integridad personal¹⁶. En el mismo sentido, las condiciones de sobrepoblación, la ausencia de una buena alimentación, la falta de oportunidades para hacer ejercicio o realizar actividades recreativas y no contar con atención médica, dental o psicológica, conlleva a condiciones inhumanas y degradantes que afectan la salud mental, repercutiendo desfavorablemente en el desarrollo psíquico de la vida e integridad personal de la víctima¹⁷.

inspección vaginal dactilar constituyeron una violación sexual. Cfr. *Caso del Penal Miguel Castro Castro v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 312.

- 15 Cfr. *Caso Caesar v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 11 de marzo de 2005, Serie C No. 123, párr. 97; *Caso Tibi v. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114, párr. 150.
- 16 Cfr. *Caso Fermín Ramírez v. Guatemala.*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de junio de 2005, Serie C No. 126, párr. 118; *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C No. 119, párr. 102.
- 17 Cfr. *Caso "Instituto de Reeducación del Menor" v. Paraguay*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2004, Serie C No. 112, párr. 166 y 168.

La Corte IDH ha determinado que la **incomunicación** durante la detención y el aislamiento en celda reducida, sin ventilación ni luz natural, con restricciones al régimen de visitas, constituyen formas de tratos crueles, inhumanos o degradantes en el sentido del artículo 5.2 de la Convención Americana¹⁸. Asimismo, ha establecido que el “aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva son, por sí mismos, tratamientos crueles e inhumanos, lesivos de la integridad psíquica y moral de la persona y del derecho al respeto de la dignidad inherente al ser humano”¹⁹. La incomunicación sólo puede utilizarse de una manera excepcional, tomando en cuenta los graves efectos que genera, ya que “el aislamiento del mundo exterior produce en cualquier persona sufrimientos morales y perturbaciones psíquicas que la coloca en una situación de particular vulnerabilidad y acrecienta el riesgo de agresión y arbitrariedad en las cárceles”²⁰.

Además de las condiciones con las que deben contar las personas en detención, la Corte IDH ha desarrollado su jurisprudencia respecto al fenómeno denominado “corredor de la muerte”. Siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo, el Tribunal Interamericano ha coincidido en que este fenómeno, constituido por un período de detención prolongado en espera y previo a la ejecución, durante el cual el condenado sufre de angustia mental, la cual es resultado, entre otros factores, de la forma en que se impuso la condena, la no consideración de las características personales del acusado y la desproporción entre

18 Cfr. *Caso Loayza Tamayo v. Perú*, fondo, sentencia de 17 de septiembre de 1997, Serie C No. 33, párrs. 57 y 58.

19 Cfr. *Caso Maritza Urrutia v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2003, Serie C No. 103, párr. 87; *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, fondo, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párr. 150.

20 Cfr. *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, fondo... párr. 84; *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 104.

la pena y el delito cometido, provocan una tensión extrema y un trauma psicológico por la constante espera de lo que será el ritual de la propia ejecución, lo cual implica un trato cruel, inhumano y degradante²¹.

iii. Aspectos procesales de la prohibición a la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes

Deber de investigar. La Corte IDH ha reafirmado que el deber de investigar es un deber estatal imperativo que deriva del Derecho Internacional y no puede verse atenuado por actos o disposiciones normativas internas de ninguna índole²². Además, ha especificado que este deber surge tan pronto como las autoridades estatales tienen conocimiento de que existen denuncias o motivos para creer que ha ocurrido un acto de tortura, en cuyo caso deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientados a la determinación de la verdad y la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y castigo de todos los responsables de los hechos²³.

21 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de junio de 2002, Serie C No. 94, párr. 167; *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 133, párr. 97.

22 Cfr. Corte IDH, *Caso Vargas Areco v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 155, párr. 81; *Caso Gutiérrez Soler v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de septiembre de 2005, Serie C No. 132, párr. 54.

23 Cfr. Corte IDH, *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 79; *Caso Ximenes Lopes v. Brasil*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2006, Serie C No. 149, párr. 148.

Para que la investigación se considere efectiva debe cumplir con los estándares internacionales en la materia, por lo que la Corte IDH ha considerado que las investigaciones “deben tomar en consideración las normas internacionales de documentación e interpretación de los elementos de prueba forense respecto de la comisión de actos de tortura y, particularmente, las definidas en el Protocolo de Estambul”²⁴. En los casos en que durante la investigación surjan cuestiones de secreto de Estado, confidencialidad, interés público o seguridad nacional, la determinación de la confidencialidad de la información no puede depender en forma exclusiva de un órgano del Estado cuyos miembros son considerados responsables de cometer el acto que está siendo investigado, ya que ello claramente sería incompatible con la protección judicial efectiva²⁵.

Los objetivos perseguidos por las investigaciones deben incluir evitar la repetición, luchar contra la impunidad y respetar el derecho de la víctima de conocer la verdad. Sin embargo, la Corte IDH ha ido más allá que sus pares internacionales al concluir que no sólo las víctimas sino la “sociedad en su conjunto” tienen derecho a saber la verdad sobre los acontecimientos²⁶.

Deber de sancionar y hacer cumplir las leyes. El deber de sancionar a los responsables de actos de tortura complementa y refuerza la obligación de respetar y garantizar los derechos

24 Cfr. Corte IDH, *Caso Vargas Areco v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas... párr. 93.

25 Cfr. Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C No. 101. párrs. 180 y 181; *Caso La Cantuta v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de noviembre de 2006, Serie C No. 162, párr. 111.

26 Cfr. *Caso de las Masacres de Ituango v. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 1 de julio de 2006, Serie C No. 148, párrs. 299 y 402.

establecida en el artículo 1.1 de la Convención Americana²⁷. El delito de tortura debe incorporarse en la legislación nacional de conformidad con la definición de tortura del Derecho Internacional, que según la Corte IDH establece un estándar mínimo acerca de una correcta tipificación de esta clase de conductas y los elementos mínimos que la misma debe observar. En especial, el Tribunal Interamericano ha advertido que “la sustracción de elementos que se consideran irreductibles en la fórmula persecutoria establecida a nivel internacional, así como la introducción de modalidades que le resten sentido o eficacia, pueden llevar a la impunidad de conductas que los Estados están obligados bajo el Derecho Internacional a prevenir, erradicar y sancionar la tortura”²⁸.

Deber de excluir pruebas obtenidas mediante tortura.

El deber de excluir pruebas obtenidas mediante tortura complementa el derecho al debido proceso en conformidad con el artículo 8 de la Convención Americana²⁹. La Corte IDH, en el caso Cantoral Benavides, luego de haber determinado que el denunciante había sido sometido a tortura física y psicológica con el fin de “suprimir su resistencia psíquica y forzarlo a auto inculparse o a confesar determinadas conductas delictivas”³⁰, determinó la existencia de una violación del artículo 8 de la Convención Americana, pues las pruebas obtenidas por tortura no constituían una prueba auténtica.

27 Cfr. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo... párrs. 165 y 166.

28 Cfr. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2006, Serie C No. 153, párr. 92.

29 El cual establece, en su parte pertinente, que cada individuo tiene “2.g.) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable [...] 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza”.

30 Cfr. *Caso Cantoral Benavides v. Perú*, fondo... párr. 132 y 133; *Caso Tibi v. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 149.

2. Ejecuciones extrajudiciales

a. Introducción

42 casos se refieren a ejecuciones extrajudiciales, de los cuales 28 corresponden a ejecuciones individuales y catorce a ejecuciones colectivas. Ambas categorías de casos representan un 24,40% del total que ha conocido la Corte IDH en materia de justicia penal en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa. El primer caso resuelto por una ejecución extrajudicial individual fue *Genie Lacayo v. Nicaragua* (1997); el primer caso relacionado con una ejecución extrajudicial colectiva (masacre) fue *Barrios Altos v. Perú* (2001). Por este tipo de casos han sido declarados internacionalmente responsables trece Estados: Colombia (10), Guatemala (8), Perú (7), Venezuela (5), Honduras (3), Surinam (2), Nicaragua (1), El Salvador (1), Paraguay (1), Ecuador (1), Panamá (1), República Dominicana (1) y Argentina (1).

Las ejecuciones extrajudiciales se producen cuando una autoridad pública priva arbitraria o deliberadamente de la vida, a un ser humano en circunstancias que no corresponden al uso legítimo de la fuerza³¹. Dos elementos fundamentales determinan la constitución de esta violación a derechos humanos: primero, debe ser imputable a servidores públicos; segundo, debe atentar de forma ilegítima contra la vida, el cual es un derecho que goza de un régimen especial de protección en la Convención Americana, pues de éste se derivan los demás derechos del ser humano³².

31 Sobre el tema, especialmente en México, véase *Abuso y desamparo. Tortura, desaparición forzada y ejecución extrajudicial en México*. Human Rights Watch, Estados Unidos, 1999.

32 Hernández Aparicio, Francisco, *Delitos de lesa humanidad en México*. Flores Editor, México, 2007, pág. 45.

b. Elementos más importantes en la jurisprudencia en materia de ejecuciones extrajudiciales individuales y colectivas

i. La ejecución extrajudicial como violación al derecho a la vida

El artículo 4.1 de la Convención Americana establece que “[n]adie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Esta prohibición, en conjunto con el deber de garantía reconocido en el artículo 1.1, no sólo presupone que ninguna persona puede ser privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados tomen todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva)³³. La Corte IDH ha señalado que el derecho a la vida juega un papel fundamental en el Pacto de San José, por ser el corolario esencial para la realización de los demás derechos, de forma tal que al no ser respetado este derecho, todos los demás derechos pierden su sentido³⁴.

En palabras de García Ramírez “la creación de condiciones favorables al desarrollo de la existencia – tanto en el supuesto de adultos como, sobre todo, de niños y adolescentes – constituye un tema relevante en la jurisprudencia interamericano”³⁵. Por esta razón, los Estados tienen una especial obligación de impedir que sus agentes atenten contra este derecho y de crear las condiciones que se requieran para garantizar que no se produzcan violaciones

33 Cfr. *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, fondo... párr. 172; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, fondo, sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párr. 139.

34 Cfr. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, fondo... párr. 144.

35 Cfr. García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa, México, pág. 242.

al artículo 4.1 de la Convención Americana³⁶, por lo que deben tomar las medidas necesarias no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida como consecuencia de actos criminales, sino también para prevenir las ejecuciones arbitrarias por parte de sus propias fuerzas de seguridad³⁷.

Por supuesto, no toda muerte producida a manos de agentes estatales constituye una ejecución extrajudicial, pues el uso letal de la fuerza física es una consecuencia lógica de la existencia misma del Estado. Es entonces necesario que se cumplan varios requisitos cuando una muerte se produce a causa del Estado por el uso de la fuerza. Estos requisitos han sido elaborados por la Corte IDH en su jurisprudencia. A continuación nos referiremos a ellos.

ii. Intencionalidad de la ejecución extrajudicial

El primero de estos elementos es la **intencionalidad** de la acción del agente. La Corte IDH ha considerado – al igual que el Relator de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales – que existe intencionalidad cuando hay cierto grado de premeditación al generar una muerte, “en la medida en que una decisión que se adopta por anticipado y que descarta la posibilidad de ofrecer o aceptar la oportunidad de rendirse,

36 Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDHNU), Comentario General 6/1982, párr. 3 en: *Compilation of General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev 1 en 6, 1994; CDHNU, Comentario General 14/1984, párr. 1 en: *Compilation of General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N.Doc.HRI/GEN/1/Rev 1 en 18, 1994.

37 Cfr. Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez v. Guatemala*, fondo... párr. 172; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, fondo... párr. 144 y 145. En igual sentido, CDHNU, Comentario General No. 6 (Décimo sexta sesión, 1982), párr. 3; *María Fanny Suárez de Guerrero v. Colombia*, Comunicación No. R.11/45 (5 de febrero de 1979), U.N.Doc. Supp. No. 40 (A/37/40) en 137, 1982, pág. 137.

determina la ilegalidad de dichas operaciones”³⁸. En este sentido, en el caso *Nadège Dorzema v. República Dominicana* (2012) la Corte IDH consideró que el hecho de que los agentes del Estado emplearon deliberadamente armas letales dirigidas a privar a las víctimas de su vida, aun cuando éstas huían corriendo y que por lo tanto no representaban una amenaza, constituyó un uso ilegítimo, innecesario y desproporcional de la fuerza, en violación al artículo 4.1 en relación al artículo 1.1 de la Convención Americana³⁹.

iii. Criterios que definen la legalidad del uso de la fuerza letal

El segundo elemento es la **necesidad** del uso de la fuerza. La jurisprudencia del Tribunal Interamericano muestra que el uso de la fuerza letal por las fuerzas de seguridad es lícito cuando resulta necesario para preservar la vida del agente estatal o la vida de otras personas, o cuando busque evitar lesiones graves, siempre que la fuerza empleada sea proporcional a la amenaza que busca repeler⁴⁰. En este sentido, la Corte IDH estableció en el caso *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador* (2007) que el uso legítimo de la fuerza por parte de miembros de cuerpos de seguridad estatales debe observar los siguientes criterios para ser consistente con el régimen de protección de la Convención Americana:

38 Cfr. Corte IDH, *Caso Nadège Drozema v. República Dominicana*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de octubre del 2012, Serie C No. 251, párr. 95; Informe del Relator Especial sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, UN Doc. A/66/330, 30 de agosto de 2011, párrs. 66 y 67.

39 Cfr. Corte IDH, *Caso Nadège Drozema v. República Dominicana*, fondo, reparaciones y costas... párrs. 96 y 97.

40 Cfr. *Ni seguridad, ni derechos. Ejecuciones, desapariciones y tortura en la “guerra contra el narcotráfico” de México*. Human Rights Watch, 2011, pág. 174.

- debe estar definido por la **excepcionalidad**, y debe ser planeado y limitado proporcionalmente por las autoridades. En este sentido, sólo podrá hacerse uso de la fuerza o de instrumentos de coerción cuando se hayan agotado y hayan fracasado todos los demás medios de control;
- el uso de la fuerza letal y las armas de fuego contra las personas debe estar prohibido como regla general, y su uso excepcional deberá estar formulado por ley y ser interpretado **restrictivamente**, no siendo más que el “absolutamente necesario” con relación a la fuerza o amenaza que se pretende repeler;
- debe estar limitado por los principios de **proporcionalidad**, **necesidad** y **humanidad**. La fuerza excesiva o desproporcionada por parte de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que da lugar a la pérdida de la vida puede por tanto, equivaler a la privación arbitraria de la vida;
- la legislación interna debe establecer pautas lo suficientemente claras para la utilización de fuerza letal y armas de fuego por parte de los agentes estatales, así como para asegurar un control independiente acerca de la legalidad de la misma.

iv. Obligación de investigar

En esta misma lógica, la Corte IDH ha establecido la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para crear un marco normativo adecuado que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida, y que permita iniciar investigaciones serias, independientes, imparciales y efectivas ante el conocimiento de que agentes de seguridad han hecho uso de armas de fuego con consecuencias letales. Estos elementos son fundamentales y condicionantes para la protección del derecho a la vida, el

cual se ve anulado en situaciones de uso excesivo de la fuerza⁴¹. En concreto, el deber de investigación requiere que los Estados cumplan con las siguientes obligaciones:

- **Investigar efectivamente los hechos.** En casos de ejecuciones extrajudiciales es fundamental que los Estados investiguen efectivamente la privación del derecho a la vida y castiguen a todos los responsables, especialmente cuando están involucrados agentes estatales, ya que de no ser así se estarían creando, dentro de un ambiente de impunidad, las condiciones para que se repitan estos hechos, lo que es contrario al deber de respetar y garantizar el derecho a la vida⁴².
- Además, si los hechos violatorios a los derechos humanos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, favorecidos por el poder público, lo que compromete la responsabilidad internacional del Estado⁴³. En este sentido, la Corte IDH ha establecido que en casos de ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias, las autoridades de un Estado deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva, una vez que tengan conocimiento del hecho⁴⁴.

41 Cfr. *Caso Zambrano Vélez y otros v. Ecuador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, Serie C No. 166, párrs. 81, 83, 84, 86 y 88; *Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) v. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas... párrs. 66, 67, 68 y 75.

42 Cfr. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas... párr. 156.

43 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de enero de 2006, Serie C No. 140, párr. 145; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 134, párrs. 137 y 232.

44 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 143; *Caso de la "Masacre de Mapiripán" v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 219.

Ya que el deber de investigar es una obligación de medios, no de resultados, la investigación de este tipo de casos debe ser asumida por el Estado como un **deber jurídico propio** y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa⁴⁵, o como una mera gestión de intereses particulares que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas o de sus familiares, o de la aportación privada de elementos probatorios⁴⁶. Esto último no se contrapone con el derecho que tienen las víctimas de violaciones a los derechos humanos o sus familiares a ser escuchados durante el proceso de investigación y al trámite judicial, así como a participar ampliamente de los mismos⁴⁷.

En este sentido cabe destacar que cualquier carencia o defecto en la investigación, que perjudique la eficacia para establecer la causa de la muerte o identificar a los responsables materiales o intelectuales, implicará que no se cumpla con la obligación de proteger el derecho a la vida⁴⁸. Además, como explica Amaya Úbeda, la jurisprudencia de la Corte IDH refleja que el “verdadero acceso a la justicia” reclama la existencia no sólo de procedimientos civiles o administrativos, sino sobre todo de procedimientos criminales, en la misma línea que el Tribunal Europeo lo ha establecido desde el caso *Yasa v. Turquía* (1998)⁴⁹.

45 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 143.

46 Cfr. *Ibidem*, párr. 143; *Caso de la “Masacre de Mapiripán” v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 219.

47 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 147.

48 Cfr. Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH), *Nachova and others v. Bulgaria* [GC], párr. 113; CEDH, *Kelly and others v. the United Kingdom*, 30054/96, sentencia de mayo de 2001, párr. 96.

49 Cfr. Burgorgue-Larsen, Laurence, y Amaya Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford, 2011, pág. 347.

La Corte IDH ha establecido ciertos Principios Rectores, con base en el Manual sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de Naciones Unidas, para las investigaciones cuando se considera que una muerte pudo deberse a una ejecución extrajudicial. De esta forma el Tribunal Interamericano ha especificado que las autoridades estatales que conducen una investigación deben:

- a) identificar a la víctima;
- b) recuperar y preservar el material probatorio relacionado con la muerte, con el fin de ayudar en cualquier investigación;
- c) identificar posibles testigos y obtener sus declaraciones con relación a la muerte que se investiga;
- d) determinar la causa, forma, lugar y momento de la muerte, así como cualquier procedimiento o práctica que pueda haberla provocado, y
- e) distinguir entre muerte natural, muerte accidental, suicidio y homicidio.

Además, es necesario investigar exhaustivamente la escena del crimen; se deben realizar autopsias y análisis de restos humanos, en forma rigurosa, por profesionales competentes y empleando los procedimientos más apropiados⁵⁰.

3. Desaparición forzada de personas

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido 35 casos sobre desaparición forzada de personas en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, lo que representa un 20,34% de la jurisprudencia interamericana en materia de justicia penal. La primera sentencia relacionada con la materia fue *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988);

50 Cfr. *Caso de la Comunidad Moiwana v. Surinam*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 149; en el mismo sentido véase *Manual Sobre la Prevención e Investigación Efectiva de Ejecuciones Extrajudiciales, Arbitrarias y Sumarias de las Naciones Unidas*, Doc. E/ST/CSDHA/12, 1991.

la más reciente es el caso Osorio Rivera y familiares v. Perú (2013). Por la violación a la Convención Americana derivada de la desaparición forzada de personas han sido declarados internacionalmente responsables catorce Estados: Guatemala (8), Perú (6), Honduras (3), Colombia (3), Bolivia (3), Argentina (2), El Salvador (2), Venezuela (2), Paraguay (1), México (1), Panamá (1), República Dominicana (1), Uruguay (1) y Brasil (1).

El delito de desaparición forzada se constituye por “la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”⁵¹. El Tribunal Interamericano ha considerado este delito como un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención Americana (artículos 5, 7, 4, y, en algunos supuestos, 3), pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino que además viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos⁵². Dada la particular relevancia de las transgresiones que conlleva y la naturaleza de los derechos lesionados, la prohibición de este delito ha alcanzado carácter de *jus cogens*⁵³.

51 Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, artículo II.

52 Cfr. *Caso Gómez Palomino v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre del 2005, Serie C No. 136, párr. 92.

53 Cfr. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas... párr. 84;

La Convención Americana no prevé expresamente la desaparición forzada de personas. Su prohibición es un desarrollo esencialmente de la jurisprudencia de la Corte IDH (desde su primer caso contencioso de 1988) y posteriormente del *corpus iuris* interamericano que es resultado de la adopción de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP), la cual entró en vigor el 28 marzo 1996. Esta Convención ha sido ratificada por catorce países.

b. Elementos más importantes en la jurisprudencia en materia de desaparición forzada de personas

i. Elementos constitutivos de la desaparición forzada de personas

La jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido los siguientes elementos concurrentes como constitutivos de la desaparición forzada de personas: a) la privación de la libertad; b) la intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos, y c) la negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada⁵⁴. Cada uno de estos elementos centrales son compartidos – con pocas diferencias – por el Grupo de Trabajo de sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias de la Organización de las Naciones Unidas, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵, y por la jurisprudencia de tribunales constitucionales de algunos

Caso García y familiares v. Guatemala, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 noviembre de 2012, Serie C No. 258, párr. 96.

54 Cfr. *Caso Gómez Palomino v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 97; *Caso Osorio Rivera v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C No. 274, párr.115.

55 Véase, por ejemplo, *Caso Kurt v. Turquía*, 25 de mayo, 1998.

Estados parte de la Convención Americana⁵⁶. A continuación nos referiremos a cada uno de estos elementos centrales tal y como han sido abordados por la Corte IDH en su jurisprudencia.

- **Privación de la libertad.** El Tribunal Interamericano ha establecido que la privación de la libertad del individuo en el contexto de la desaparición forzada sólo debe ser entendida como el inicio de la configuración de una violación compleja que se prolonga en el tiempo hasta que se conoce la suerte y el paradero de la víctima, por lo que es importante resaltar que resulta indistinta la manera que adquiere la privación de la libertad a los fines de la caracterización de una desaparición forzada; es decir, cualquier forma de privación de libertad satisface este primer requisito⁵⁷. La Corte IDH ha seguido el criterio del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas e Involuntarias de Personas en el sentido que “la desaparición forzada puede iniciarse con una detención ilegal o con un arresto o detención inicialmente legal. Es decir, que la protección de la víctima contra la desaparición forzada debe resultar efectiva contra la privación de libertad, cualquiera que sea la forma que ésta revista, y no limitarse a los casos de privación ilegal de libertad”⁵⁸.

Adicionalmente, una detención ilegal – la cual ocurre en el caso de desapariciones forzadas – constituye una violación

56 Cfr. *Caso Marco Antonio Monasterios Pérez*, Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, sentencia de 10 de agosto de 2007.

57 Cfr. *Caso Osorio Rivera v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 125.

58 Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, Informe del Grupo de Trabajo sobre las Desapariciones Forzadas o Involuntarias, *Comentario General sobre la definición de desapariciones forzadas*, A/HRC/7/2, 10 de enero de 2008, párr. 7. Véase también, Corte IDH, *Caso Blanco Romero y otros v. Venezuela*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 28 de noviembre de 2005, Serie C No. 138, párr. 105.

al derecho a no ser privado de la libertad excepto por las razones establecidas con anterioridad por la ley, y al derecho a no ser sometido a un arresto arbitrario. En este sentido, la Corte IDH recordó en el caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala (1999), que aun en el caso de que la ley autorizara una desaparición forzada, esto constituiría una violación a la Convención Americana pues:

[El artículo 7] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos en la misma (aspecto formal). En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles o faltos de proporcionalidad⁵⁹.

- **La intervención directa de agentes estatales o la aquiescencia de éstos.** Para establecer que se ha producido una violación de los derechos reconocidos en el Pacto de San José no es necesario que se pruebe la responsabilidad del Estado más allá de toda duda razonable ni que se identifique individualmente a los agentes a los cuales se atribuyen los

59 Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala*, fondo... párr. 131.

hechos violatorios⁶⁰, sino que es suficiente demostrar que se han verificado acciones u omisiones que hayan permitido la perpetración de esas violaciones o que exista una obligación del Estado que haya sido incumplida por éste⁶¹. Esto ocurre en virtud de que la Corte IDH ha considerado que la observancia del artículo 4.1 de la Convención Americana, relacionado con el artículo 1.1, no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente (obligación negativa), sino que además requiere que los Estados adopten todas las medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida (obligación positiva), conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de este derecho por todas las personas⁶².

- **La negativa de reconocer la detención y de revelar la suerte o el paradero de la persona interesada.** Una de las características esenciales de la desaparición forzada es que conlleva la negativa del Estado de reconocer que la víctima está bajo su control y de proporcionar información al respecto, con el propósito de generar incertidumbre acerca de su paradero, vida o muerte, de provocar intimidación y supresión de derechos⁶³. Así, la desaparición forzada consiste en una afectación de diferentes bienes jurídicos que continúa por la propia voluntad de los presuntos perpetradores, quienes al negarse a ofrecer información sobre el paradero de la víctima mantienen la violación a cada momento, hasta

60 Cfr. *Caso De la Masacre de las Dos Erres v. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 21, párr. 197.

61 Cfr. *Caso Kawas Fernández v. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 73.

62 Cfr. *Ibidem*, párr. 74.

63 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de septiembre de 2009, Serie C No. 202, párr. 91.

que se conoce la suerte y el paradero de la víctima⁶⁴. El Estado, al negar información y acceso a documentación a los familiares de las víctimas, se vuelve partícipe en mantener la situación de incertidumbre en perjuicio de los familiares de las víctimas.

- En consecuencia, la Corte IDH ha establecido que una vez que una persona ha sido privada de la libertad, si la víctima no puede acceder directamente a un recurso efectivo, es fundamental que sus familiares u otras personas cercanas tengan acceso a dicho recurso, de forma tal que se establezca el paradero o el estado de salud, o se individualice la autoridad que ordenó la privación de la libertad⁶⁵. La Corte IDH también ha establecido que dado que la negación de la verdad sobre los hechos ocurridos es una característica común en casos de desaparición forzada, uno de los elementos centrales para la eliminación de esta práctica es la adopción de medidas para prevenir el ocultamiento de información. Este deber implica la adopción de todos los medios legales, políticos, administrativos o culturales que promuevan la protección de los derechos humanos. Así, por ejemplo, la Corte IDH estableció en el caso de Anzualdo Castro v. Perú (2009) que:

[...] la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada. A *contrario sensu* la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros

64 Cfr. Corte IDH, *Caso Heliodoro Portugal v. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, Serie C No. 186, párr. 112.

65 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209, párr. 141.

clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida⁶⁶.

ii. Carácter continuado o permanente y pluriofensivo de la desaparición forzada de personas

El carácter continuado o permanente de la desaparición forzada se desprende del artículo III de la CIDFP, el cual establece que “[d]icho delito será considerado como continuado o permanente mientras no se establezca el destino o paradero de la víctima”⁶⁷. Desde la sentencia en el caso *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (1988), la Corte IDH estableció que la desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención Americana, pues el secuestro de una persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, además de que el aislamiento prolongado y la incomunicación coactiva a los que se ve sometida la víctima representan, por sí mismos, formas de tratamiento cruel e inhumano, lesivas de la libertad psíquica y moral de la persona y del derecho de todo detenido al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano⁶⁸.

66 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 63.

67 CIDFP, adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, artículo III.

68 Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo..., párrs. 155-157; *Caso Osorio Rivera v. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 115.

Por esta razón, el análisis de una posible desaparición forzada no debe enfocarse de manera aislada, dividida y fragmentada sólo en la detención o la posible tortura, o en el riesgo de perder la vida, sino más bien el enfoque debe ser en el conjunto de los hechos que se presentan en el caso en consideración ante la Corte IDH, tomando en cuenta la jurisprudencia del Tribunal al interpretar la Convención Americana, así como la CIDFP, para los Estados que la hayan ratificado⁶⁹. Esta aproximación ha permitido que en determinados casos, la Corte IDH no sólo declare violaciones a los artículos 5 (integridad personal), 7 (libertad personal) y 4 (vida). De esta forma, por ejemplo, en el caso *Anzualdo Castro v. Perú* (2009) el Tribunal Interamericano declaró violado el artículo 3 del Pacto de San José (reconocimiento de la personalidad jurídica), pues la desaparición no sólo es una de las más graves formas de sustracción de una persona de todo ámbito del ordenamiento jurídico, sino también niega su existencia misma y la deja en una suerte de limbo o indeterminación jurídica ante la sociedad, el Estado e inclusive, la responsabilidad internacional⁷⁰.

iii. Obligaciones de los Estados de investigar, sancionar y prevenir la desaparición forzada de personas

- **Obligación de investigar la desaparición forzada de personas.** La Corte IDH ha determinado que toda vez que haya motivos razonables para sospechar que una persona ha sido sometida a desaparición forzada, debe iniciarse una investigación⁷¹. Esta obligación es independiente de que se

69 Cfr. Corte IDH, *Caso Ticona Estrada y otros v. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de noviembre de 2008, Serie C No. 191, párr. 56.

70 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 90.

71 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 143.

presente una denuncia, pues en casos de desaparición forzada el Derecho Internacional y el deber general de garantía, imponen la obligación de investigar el caso *ex officio*, sin dilación, y de una manera seria, imparcial y efectiva. Esto es un elemento fundamental y condicionante para la protección de los derechos afectados por esas situaciones⁷².

En cualquier caso, toda autoridad estatal, funcionario público o particular, que haya tenido noticia de actos destinados a la desaparición forzada de personas, deberá denunciarlo inmediatamente⁷³. Una falta al deber de debida diligencia del Estado en una investigación penal puede provocar la falta de medios de convicción suficientes para esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales a nivel interno.

- **Deber de sancionar y hacer cumplir las leyes.** En el caso de la desaparición forzada de personas, el deber de adecuar el Derecho Interno a las disposiciones de la Convención Americana, de conformidad con el citado artículo 2 de la misma, tiene carácter primordial para la efectiva erradicación de esta práctica. En atención al carácter particularmente grave de la desaparición forzada de personas⁷⁴, no es suficiente

72 Cfr. *Caso de la Masacre de Pueblo Bello v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 145; *Caso Chitay Nech y otros v. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 92.

73 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 65.

74 De conformidad con el Preámbulo de la CIDFP, la desaparición forzada “constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de

la protección que pueda dar la normativa penal existente relativa a plagio o secuestro, tortura, homicidio, entre otras.

De conformidad con el artículo I, incisos a) y b), de la CIDFP, los Estados parte se comprometen a no practicar ni tolerar la desaparición forzada de personas en cualquier circunstancia, y a sancionar a los responsables de la misma en el ámbito de su jurisdicción. Ello es consecuente con la obligación a cargo del Estado de respetar y garantizar los derechos, contenida en el artículo 1.1 de la Convención Americana, la cual, según ha sido establecido por la Corte IDH, puede ser cumplida de diferentes maneras, en función del derecho específico que el Estado deba garantizar y de las necesidades particulares de protección⁷⁵.

En razón de lo anterior, la obligación de sancionar implica el deber de los Estados parte de organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁷⁶. Como parte de dicha obligación, el Estado está en el deber jurídico de “[p]revenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”⁷⁷.

naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana” y su práctica sistemática “constituye un crimen de lesa humanidad”.

75 Cfr. Corte IDH, *Caso de la “Masacre de Mapiripán” v. Colombia*, fondo, reparaciones y costas... párr. 111 y 113.

76 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 142.

77 *Ibidem*, párr. 142.

- **Deber de prevenir.** Finalmente, el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos. Así, la privación de libertad en centros legalmente reconocidos y la existencia de registros de detenidos, constituyen salvaguardas fundamentales, *inter alia*, contra la desaparición forzada. A *contrario sensu*, la puesta en funcionamiento y el mantenimiento de centros clandestinos de detención configura *per se* una falta a la obligación de garantía, por atentar directamente contra los derechos a la libertad personal, integridad personal, vida y personalidad jurídica⁷⁸.

4. Jurisdicción militar

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido 21 casos sobre jurisdicción militar en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, lo cual representa poco más del 11,04% del total de casos en materia de justicia penal que ha conocido a la fecha. El primer caso en el que la materia fue tratada por el Tribunal Interamericano fue *Loaiza Tamayo v. Perú* (1997), siendo la más reciente sentencia en la materia la del caso *Osorio Rivera y familiares v. Perú* (2013). Cabe destacar que la Corte IDH se pronunció respecto al tema antes del caso *Loaiza* en el caso *Genie Lacayo v. Nicaragua* (1997), estableciendo que la jurisdicción militar no viola *per se* la Convención Americana⁷⁹. Sin embargo, este criterio

78 Cfr. Corte IDH, *Caso Anzualdo Castro v. Perú*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 63.

79 Cfr. Corte IDH, *Caso Genie Lacayo v. Nicaragua*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 91.

fue abandonado meses más tarde. Por la aplicación de la jurisdicción militar en violación al Pacto de San José han sido condenados siete países: Perú (7), México (4), Colombia (3), Chile (2), Venezuela (2), Ecuador (1), Nicaragua (1) y República Dominicana (1).

El Tribunal Interamericano ha advertido que los sistemas de administración de justicia militar presentan retos principalmente en la protección al derecho al debido proceso (artículo 8) y, en menor medida, en materia de protección judicial (artículo 25) y del deber de investigar y juzgar a los responsables de violaciones a derechos humanos (artículo 1.1). Por esta razón ha desarrollado una serie de estándares que, aun cuando no se encuentren expresamente establecidos en la Convención Americana, reflejan una interpretación *pro persona* de las garantías del debido proceso. Estos estándares establecen, en esencia, que el alcance de la jurisdicción militar, al tener un carácter especial o excepcional, tiene igualmente un alcance restrictivo, por lo que “debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar”⁸⁰.

Este desarrollo se basa en la lógica de que el derecho al debido proceso goza de una progresión histórica, pues nuevos requerimientos requieren agregar novedosos elementos que permitan su efectiva protección. Esto sucede en el caso de la jurisdicción militar, cuya aplicación presenta retos para efectos del derecho de toda persona a ser juzgada por órganos independientes, imparciales y competentes, y para la protección de las garantías de legalidad e igualdad. En este sentido, cabe

80 Cfr. Corte IDH, *Caso Lori Berenson Mejía v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 142.

destacar que el artículo 8 del Pacto de San José, tal y como ha establecido la Corte IDH: “se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier [...] acto del Estado que pueda afectarlos”⁸¹. En materia penal implica que “un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”⁸².

Las siguientes dos secciones muestran los argumentos sobre los cuales la Corte IDH ha sustentado progresivamente su posición en la materia. Dado que este desarrollo es fundamentalmente un desarrollo jurisprudencial – a diferencia de los apartados anteriores que encuentran una base textual en la Convención Americana o en otro tratado –, expondremos el caso *Castillo Petruzzi v. Perú* (1999), en el cual la Corte IDH estableció por primera vez de manera clara la tesis que sustenta la violación al debido proceso por la exclusión del fuero común a civiles que carecen de funciones militares. Luego desarrollaremos de manera analítica los más importantes componentes de la jurisprudencia en la materia.

81 Corte IDH, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, opinión consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003, Serie A No. 18, párr. 123.

82 *Ibidem*, párr. 124.

b. Surgimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de jurisdicción militar (caso Castillo Petruzzi)

i. Los hechos del caso⁸³

Entre 1980 y 1994, el Perú sufrió una grave convulsión social generada por actos terroristas. El órgano encargado de prevenir, denunciar y combatir las actividades de traición a la patria era la Dirección Nacional Contra el Terrorismo (DINCOTE). Durante el operativo denominado El Alacrán, llevado a cabo por la DINCOTE los días 14 y 15 de octubre de 1993, fueron detenidas en la ciudad de Lima las siguientes personas: Lautaro Mellado Saavedra, Alejandro Astorga Valdez, María Concepción Pincheira Sáez y Jaime Francisco Castillo Petruzzi. La DINCOTE acusó a los detenidos de traición a la patria, lo cual sirvió de base para atribuir competencia a la jurisdicción militar y aplicar un procedimiento sumario llevado adelante por “jueces sin rostro”. Las víctimas del caso permanecieron en privación de libertad en forma ininterrumpida desde el 14 de octubre de 1993, estando sometidos a un régimen de aislamiento celular continuo, dentro de una celda muy reducida, sin ventilación ni luz natural, con media hora de salida de su celda al día y con un régimen de visitas sumamente restringido.

Los procesos judiciales seguidos contra las víctimas antes mencionadas reflejan un patrón similar. En el caso del señor Castillo Petruzzi –el único caso que analizaremos–, esto implicó que su abogado defensor no fuera autorizado para entrevistarse con él cuando fue detenido; que no pudiera entrevistarse en

83 Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 30 de mayo de 1999, Serie C No. 52, párr. 86.

privado con su abogado hasta que la sentencia en primera instancia había sido emitida; que su abogado no tuviera acceso al expediente sino por espacios de tiempo reducidos; que durante la diligencia de la declaración instructiva el señor Petruzzi permaneciera vendado y engrilletado; que no se le mostraran ni a él ni a su abogado, las pruebas ni cargos en el momento de la acusación; que se negara la declinatoria de competencia de la jurisdicción militar; que el 7 de enero de 1994, el Juez Instructor Militar Especial de la Fuerza Aérea del Perú (FAP) lo condenara como autor “del Delito de Traición a la Patria, a la pena de Cadena Perpetua, con la accesoria de inhabilitación absoluta y perpetua, el aislamiento celular y continuo durante el primer año de la decisión y luego con trabajo obligatorio”, y que el Tribunal Supremo Militar Especial confirmara la sentencia de primera instancia.

ii. El criterio de la Corte IDH

El Tribunal Interamericano evaluó violaciones a los artículos 20 (derecho a la nacionalidad), 7.5 (derecho a la libertad personal), 9 (principio de legalidad y retroactividad), 8 (debido proceso), 5 (integridad personal) y 1.1 y 2 (obligaciones generales). En lo relativo a las violaciones al artículo 8 derivadas del proceso, llevado a cabo en el fuero privativo militar, la Corte IDH estableció que “el traslado de competencias de la justicia común a la justicia militar, y el consiguiente procesamiento de civiles por el delito de traición a la patria en este fuero, supone excluir al juez natural para el conocimiento de estas causas”, pues la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de ese carácter. En consecuencia, estableció que “cuando la

justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso⁸⁴.

La Corte IDH explicó que “constituye un principio relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”, lo cual implica una prohibición de aplicar normas procesales para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a tribunales ordinarios⁸⁵. El Tribunal Interamericano también consideró que la imparcialidad que debe tener un juzgador se ve minada por el hecho de que las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra grupos insurgentes sean las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos, y que sea el Consejo Supremo Militar quien determina los futuros ascensos, incentivos profesionales y asignación de funciones de sus inferiores⁸⁶. Y así, estableció que Perú violó el artículo 8.1 de la Convención Americana.

En el mismo sentido, dado que el juzgador de segunda instancia tampoco satisfizo los requerimientos del juez natural e independencia al ser parte de la estructura militar – una condición que es necesaria en todas las instancias de un procedimiento –, la Corte IDH consideró que no fue legítima y válida la etapa procesal de apelación, en violación al artículo 8.2.h de la Convención Americana⁸⁷.

84 *Ibidem*, párr. 128.

85 *Ibidem*, párr. 129.

86 *Ibidem*, párr. 130.

87 *Ibidem*, párr. 161.

c. Elementos más importantes en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de jurisdicción militar

i. El elemento central de la jurisprudencia en su estado actual

La Corte IDH ha dejado en claro en su jurisprudencia que “en un Estado democrático de derecho, la intervención del fuero militar ha de ser restrictiva y excepcional de manera que se aplique únicamente en la protección de bienes jurídicos de carácter castrense que hayan sido vulnerados por miembros de las fuerzas militares en el ejercicio de sus funciones”⁸⁸. Asimismo, el Tribunal Interamericano ha establecido que “la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria” para evitar impunidad y garantizar el derecho de las víctimas a un recurso efectivo y a la protección judicial⁸⁹.

De esta forma, son dos los criterios centrales que deben ser satisfechos para que el ejercicio de la jurisdicción militar sea consistente con los estándares de la Convención Americana: (1) el acusado y la víctima deben ser miembros activos del ejército, y (2) el delito debe ser de naturaleza castrense y cometido por militares en el ejercicio de sus funciones. En todos los demás casos, el derecho al juez natural debe prevalecer. El primer criterio está limitado a quienes son militares activos que prestan servicios a las fuerzas armadas o que ejercen funciones particulares de defensa y seguridad exterior en las fuerzas armadas⁹⁰. El segundo

88 Cfr. Corte IDH, *Caso Nadege Drozema v. República Dominicana*, fondo, reparaciones y costas... párrs. 187.

89 *Ibidem*, párr. 187.

90 Cfr. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, excepción preliminar, fondo,

criterio requiere a los Estados que determinen claramente y sin ambigüedades, cuáles son las conductas delictivas típicas en el especial ámbito militar, determinen la antijuridicidad de la conducta ilícita a través de la descripción de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos militares gravemente afectados que justifique el ejercicio del poder punitivo militar, y especifique la correspondiente sanción⁹¹.

ii. Los jueces militares no son competentes,
independientes e imparciales cuando juzgan civiles

Desde la perspectiva de la protección a los derechos humanos, el problema central en el ejercicio de la jurisdicción militar para casos diversos a los antes mencionados, es que no satisface los requisitos de **independencia e imparcialidad** de los jueces, vulnerando así el derecho al debido proceso, a la protección judicial, e incumpliendo con el deber de investigación de violaciones a derechos humanos. Desde el caso *Castillo Petruzzi v. Perú*, la Corte IDH estableció que “constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos”, por lo que el Estado “debe crear tribunales que apliquen normas debidamente establecidas para evitar la sustitución de la jurisdicción que corresponde normalmente a tribunales ordinarios”⁹², por lo que “[c]uando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, *a fortiori*, el debido proceso”⁹³.

reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2009, Serie C No. 207, párr. 116.

91 Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 126.

92 Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 129.

93 *Ibidem*, párr. 128

En particular, la Corte IDH ha establecido que la imparcialidad de los jueces implica que “no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia”⁹⁴. En este sentido, el Tribunal Interamericano ha establecido que cuando los funcionarios de la jurisdicción penal militar que tienen a su cargo la investigación de los hechos son miembros de las fuerzas armadas en servicio activo, no están en condiciones de rendir un dictamen independiente e imparcial, pues las fuerzas armadas tienen la doble función de combatir militarmente a ciertos grupos y de juzgar e imponer penas a miembros de esos grupos⁹⁵. De igual forma, es cuestionable la imparcialidad cuando los tribunales militares suelen estar insertos en estructuras castrenses jerarquizadas, lo cual se manifiesta en que, por ejemplo, es un órgano del propio ejército el que determina los ascensos, incentivos profesionales, y la asignación de funciones de sus inferiores⁹⁶.

En este mismo sentido, el juez García Sayán sugiere que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares supone que sus miembros carezcan de independencia e imparcialidad por el hecho de que sus integrantes sean “militares en servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no dependa de la competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuenten con garantías suficientes de

94 Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas, párr. 146.

95 Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte v. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C No. 68, párr. 125.

96 Cfr. Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 130.

inmovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscal”⁹⁷.

iii. Oficiales militares retirados o que no son activos no pueden ser juzgados por tribunales militares

La Corte IDH ha condenado sistemáticamente como violatorias del artículo 8.1 del Pacto de San José las condenas en jurisdicción militar contra miembros retirados del ejército, pues éstos tienen el carácter de civiles⁹⁸. En el caso *Usón Ramírez v. Venezuela* (2009), la Corte IDH consideró que el hecho de que la normativa interna aplicable hiciera extensiva la competencia de la jurisdicción militar a civiles en situación de retiro, violaba la Convención Americana⁹⁹. En el caso *Palamara Iribarne v. Chile* (2005), reiteró su criterio con relación al juzgamiento de militares retirados, estableciendo también que contratistas no pueden ser juzgados en el fuero militar dado que “los empleados civiles a contrata [sic] no integran escalafón, trabajan en sectores de renovación anual de carácter contingente [...] no son parte de las dotaciones permanentes, pueden ser extranjeros y sus contratos son de renovación anual”, y deberían encontrarse sometidos a las sanciones propias del régimen laboral y no al derecho penal militar¹⁰⁰.

97 “Prólogo” al libro: Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Fernando Silva García, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Porrúa-UNAM, México, 2011, pág. XXIX.

98 Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas... párrs.133 a 134.

99 Cfr. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 115.

100 Cfr. Corte IDH, *Caso Palamara Iribarne v. Chile*, fondo, reparaciones y costas... párr. 127.

iv. Las violaciones a derechos humanos cometidas por oficiales militares no pueden ser consideradas como parte del cumplimiento de su deber

En el caso *Radilla Pacheco v. México* (2009), la Corte IDH estableció que las conductas llevadas a cabo por agentes militares en donde se afectan bienes tales como la vida, la integridad personal, la libertad personal y el reconocimiento de la personalidad, no podían ser calificadas como delitos de naturaleza castrense, pues nunca podían ser consideradas como “medios legítimos y aceptables para el cumplimiento de la misión castrense”¹⁰¹. De forma más general, la Corte IDH estableció que “las conductas que son abiertamente contrarias a los deberes de respeto y protección de los derechos humanos están excluidas por ese hecho de la jurisdicción militar”¹⁰². En este sentido, en el caso *Cabrera García y Montiel Flores v. México* (2010), la Corte IDH estableció que la jurisdicción militar no es el fuero competente para investigar y, en su caso, juzgar y sancionar a los autores de alegadas violaciones a derechos humanos, sino que el procesamiento de los responsables corresponde siempre a la justicia ordinaria¹⁰³.

En el mismo sentido, el Tribunal Interamericano estableció que los bienes jurídicos tutelados por el derecho penal interno y por la Convención Americana, como lo son la integridad y la dignidad personal, no guardan en ningún caso relación con la disciplina o la misión castrense, por lo que las conductas de agentes militares que afecten dichos bienes están excluidas de

101 Cfr. Corte IDH, *Caso Radilla Pacheco v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 277.

102 *Ibidem*, párr. 277.

103 Cfr. Corte IDH, *Caso Cabrera García y Montiel Flores v. México*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220, párr. 198.

la jurisdicción militar. En consecuencia, casos de desaparición forzada y violación sexual, tratos crueles, inhumanos y degradantes, y cualquier caso cuya naturaleza implique la violación a los derechos humanos, no puede ser evaluada en el fuero militar¹⁰⁴. De igual forma, deben ser considerados delitos comunes aquellos que sean resultado de un uso desproporcionado de la fuerza por parte de agentes militares, que exceda los límites de su función y vulnere los derechos humanos¹⁰⁵.

5. Leyes de amnistía

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido de catorce casos sobre leyes de amnistía en ejercicio de su jurisdicción contenciosa, lo cual representa casi un 8,13% del total de casos que ha conocido en materia de justicia penal. El primer caso en el que el tema se trató a profundidad fue la emblemática sentencia de *Barrios Altos v. Perú* (2001), siendo la más reciente en el tema la sentencia en el caso *Osorio Rivera v. Perú* (2013). Por la expedición y aplicación de este tipo de leyes han sido condenados siete países: Perú (4), Guatemala (3), El Salvador (2), Chile (2), Brasil (1), Surinam (1), y Uruguay (1).

El impacto de la jurisprudencia en esta materia ha sido de gran trascendencia en el Sistema Interamericano. Constituyó una aportación de la Corte IDH a los retos que enfrentaron varios Estados para investigar y sancionar a aquellas personas que habían cometido graves violaciones a los derechos humanos en el contexto de las dictaduras militares que proliferaron en

104 *Ibidem*, párr. 199.

105 Cfr. Corte IDH, *Caso Durand y Ugarte v. Perú*, fondo... párrs. 117 y 118.

Centroamérica y Sudamérica durante las décadas de los 70, 80 y 90, pero que gozaban del beneficio de leyes que habían extinguido la responsabilidad penal. Algunas de estas leyes fueron promulgadas por los mismos gobiernos militares que cometieron las violaciones (denominadas leyes de “autoamnistía”); otras en cambio, fueron adoptadas por gobiernos civiles, en algunos casos bajo la presión de las fuerzas militares.

Las distintas cortes, comisiones y gobiernos, a nivel local e internacional, tuvieron que determinar cómo lidiar con la existencia de estas leyes de amnistía. Algunos organismos asumieron posiciones moderadas respecto al tema, aunque existió un consenso de la incompatibilidad entre estas leyes y la obligación del Estado de investigar violaciones de derechos humanos. La respuesta de la Corte IDH a la existencia de estas leyes fue categórica: independientemente de la legalidad conforme al Derecho Interno o la legitimidad política de que gozaran por diversas facciones al interior de los países, la adopción de leyes de amnistía que permitieran impunidad por graves violaciones a derechos humanos es inaceptable en el Derecho Internacional, ya que afectaban derechos no derogables de las víctimas y sus familiares (acceso a la justicia, verdad y reparación).

Sin embargo, el criterio de la Corte IDH en la materia fue un desarrollo jurisprudencial, pues la Convención Americana no establece expresamente una prohibición a los Estados a emitir leyes de amnistía. Dado a su origen jurisprudencial, las siguientes dos secciones muestran los argumentos sobre los cuales la Corte IDH ha sustentado su posición en la materia, la cual se ha construido en diversas sentencias. En este análisis exponemos los elementos centrales del caso Barrios Altos, en el cual la Corte IDH decretó por primera ocasión la nulidad *ab initio* de este tipo de leyes. Luego desarrollamos de manera

analítica los más importantes componentes de la jurisprudencia en la materia.

b. Surgimiento de la jurisprudencia (Barrios Altos Vs. Perú, 2001)

i. Los hechos del caso¹⁰⁶

Los hechos que dieron lugar al caso Barrios Altos comenzaron el 3 de noviembre de 1991, cuando seis individuos fuertemente armados irrumpieron en el inmueble ubicado en el Jirón Huanta No. 840 del vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, Perú. Al producirse la irrupción, se estaba celebrando una “pollada”, es decir, una fiesta para recaudar fondos con el objeto de hacer reparaciones en el edificio. Los individuos que irrumpieron en la fiesta obligaron a las presuntas víctimas a arrojar al suelo, y una vez que éstas estaban en el suelo, los atacantes les dispararon indiscriminadamente por un período aproximado de dos minutos, matando a quince personas e hiriendo gravemente a otras cuatro, quedando una de estas últimas permanentemente incapacitada. Posteriormente, los atacantes huyeron en dos vehículos.

Las investigaciones judiciales y los informes periodísticos revelaron que los involucrados trabajaban para inteligencia militar; eran miembros del Ejército peruano que actuaban en el “escuadrón de eliminación” llamado “Grupo Colina”, que llevaba a cabo su propio programa antisubversivo. Los hechos del presente caso se realizaron en represalia contra presuntos integrantes de Sendero Luminoso. Sin embargo, antes de que pudiera llevarse a término cualquier investigación, el Congreso

106 Cfr. Corte IDH, Caso Barrios Altos v. Perú, fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C No. 75, párr. 2.

peruano sancionó una ley de amnistía, la Ley No. 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones.

La Ley No. 26479 concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión por violaciones de derechos humanos. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como “La Cantuta”, algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos. El Congreso peruano aprobó una segunda ley de amnistía, la Ley No. 26492, la cual declaró que la amnistía no era “revisable” en sede judicial y que era de obligatoria aplicación (párrafo 2 de la sentencia).

ii. El criterio de la Corte IDH

El Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por los hechos que dieron lugar al presente caso, los cuales constituyeron violaciones a los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (integridad personal), 8 (garantías judiciales), 25 (protección judicial), 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de Derecho Interno). Sin embargo, manifestó el obstáculo que representaban las leyes de amnistía para garantizar el derecho a la verdad, el derecho a la justicia, y el derecho a obtener una justa reparación¹⁰⁷. Debido al allanamiento del Estado, el Tribunal Interamericano consideró que había cesado la controversia entre el Estado y la Comisión,

107 *Ibidem*, párr. 35.

pero se pronunció sobre las consecuencias jurídicas de dichos hechos lesivos¹⁰⁸.

La Corte IDH, haciendo uso de los poderes inherentes a su función judicial, y como maestra de su jurisdicción¹⁰⁹, declaró inadmisibles las leyes No. 26479 y No. 26492 conforme al régimen de la Convención Americana, pues éstas impidieron que los familiares de las víctimas en el caso fueran oídos por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1, tuvieran acceso a la protección judicial, conforme al artículo 25, y conocieran la verdad de los hechos; además, estas disposiciones impidieron el cumplimiento del deber de investigación conforme al artículo 1.1, y violentaron el deber del Estado de adecuar su Derecho Interno a la Convención, de conformidad con el artículo 2¹¹⁰.

El Tribunal Interamericano enfatizó que las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad al obstaculizar la investigación de violaciones graves a derechos humanos como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias, y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables, como son el derecho de acceso a la justicia, el derecho de los familiares a conocer la verdad y el derecho a

108 Ibidem, párrs. 38 a 40.

109 Cfr. Ibidem, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 2. “La Corte, en cualesquiera circunstancias, e inclusive en casos de allanamiento, a partir del reconocimiento por parte del Estado demandado de su responsabilidad internacional por los hechos violatorios de los derechos protegidos, tiene plena facultad para determinar *motu proprio* las consecuencias jurídicas de dichos hechos lesivos, sin que dicha determinación esté condicionada por los términos del allanamiento. La Corte está, procediendo de ese modo, haciendo uso de los poderes inherentes a su función judicial. Tal como siempre he sostenido en el seno del Tribunal, en cualesquiera circunstancias la Corte es maestra de su jurisdicción”.

110 Ibidem, párrs. 40 y 41.

recibir la reparación correspondiente¹¹¹. En consecuencia, las leyes de amnistía son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención, y por lo tanto:

44. [...] las mencionadas leyes **carecen de efectos jurídicos** y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú¹¹².

Como dejarían ver los votos de los ex jueces Cançado Trindade y García Ramírez, la invalidez de las denominadas leyes de autoamnistía se sustentan en la lógica de que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y más aún cuando están en juego valores superiores – que pertenecen al *jus cogens*, según Cançado – como son la verdad y la justicia¹¹³. García Ramírez,

111 Ibidem, párrs. 41 y 43.

112 Ibidem, párr. 44 [énfasis es del autor].

113 Ibidem, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrafos 6 y 10. “6 [...] El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos [...] 10. Hay otro punto que me parece aún más grave en relación con la figura degenerada - un atentado en contra el propio Estado de Derecho - de las llamadas leyes de autoamnistía. Como los hechos del presente caso Barrios Altos lo revelan - al llevar la Corte a declarar, en los términos del reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado demandado, las violaciones de los derechos a la vida y a la

por su parte, explicó que las disposiciones de olvido y perdón no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, como lo son las ejecuciones extrajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura y los delitos de lesa humanidad, pues esto significa un grave menosprecio a la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia humana¹¹⁴.

c. Desarrollos posteriores de la jurisprudencia de la Corte en materia de leyes de amnistía

La sentencia en el caso Barrios Altos sin duda alguna marcó un hito en la lucha contra la impunidad en Perú al declarar nula una ley nacional que era claramente contraria a la Convención Americana, y constituyó, como explica Casesse, que fue la primera ocasión en que un tribunal internacional actuaba como una especie de corte constitucional¹¹⁵. Este criterio se vio

integridad personal, - dichas leyes afectan derechos inderogables - el minimum universalmente reconocido, - que recaen en el ámbito del jus cogens”.

- 114 Ibídem, Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párrs. 11 a 14. “11. Ciertamente no desconozco la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo -como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha hecho la Corte Interamericana- que esas disposiciones de olvido y perdón ‘no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad’ (Voto cit., párr. 7). 12. Por ende, el ordenamiento nacional que impide la investigación de las violaciones a los derechos humanos y la aplicación de las consecuencias pertinentes, no satisface las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención en el sentido de respetar los derechos fundamentales de todas las personas sujetas a su jurisdicción y proveer las medidas necesarias para tal fin (artículos 1.1 y 2)”.
- 115 Cassese, Antonio, “Y-a-t-il un conflit insurmountable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?”, en: Cassese, Antonio, y Mireille Delmas-Marty (eds.), *Crimes Internationaux et juridictions internationales*.

fortalecido con la interpretación de la sentencia de fondo del mismo caso, donde la Corte IDH declaró que la promulgación de una ley manifiestamente contraria a la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional. En consecuencia “dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales”¹¹⁶.

La Corte IDH continuó con el precedente de Barrios Altos en los casos de Myrna Mack Chang v. Guatemala (2003), Carpio Nicolle y otros v. Guatemala (2004), la Comunidad Moiwana v. Surinam (2005), La Cantuta v. Perú (2006), y en el caso de Almonacid Arellano y otros v. Chile (2006) sin mayores cambios de fondo en lo que toca al análisis de las leyes de amnistía. Sin embargo, cabe destacar que en el caso Almonacid la Corte IDH desarrolló lo que Burgorgue-Larsen denominó “la posición más alta de la Corte en cuestiones de amnistía”¹¹⁷, al establecer que cuando el poder legislativo falla en su tarea de suprimir leyes contrarias al objeto y fin de la Convención Americana y que son nulas *ab initio*, como lo era el Decreto Ley 2.191 emitido por el gobierno de Augusto Pinochet, el cual confería una autoamnistía, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía de los derechos establecido en el artículo 1.1 de la Convención, y consecuentemente debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella¹¹⁸.

2002, págs. 13 y 16. “It is the first time that an international court determines that national laws are devoid of legal effects within the state system where they have been adopted and consequently obliges the state to act as if these laws have never been enacted”.

116 Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, fondo... párr. 18.

117 Burgorgue-Larsen, Laurence, y Amaya Úbeda de Torres, *The Inter-American Court of Human Rights...* pág. 260.

118 Cfr. Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 123.

De esta forma, la Corte IDH estableció que el deber de garantía de los derechos implicaba que los jueces chilenos debían hacer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana pues, sostuvo, el Poder Judicial, como todas las demás autoridades del Estado, está obligado a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención Americana no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que carecen de efectos jurídicos¹¹⁹. Después del Caso Almonacid, la Corte IDH resolvió en sentido similar casos en contra de Perú, Brasil, Uruguay, El Salvador y Chile, tanto en lo que respecta al criterio de leyes de amnistía, cuanto al control de convencionalidad. Sin embargo, la Corte IDH siguió desarrollando algunas cuestiones específicas de su doctrina en la materia.

De esta forma, en la decisión del caso *Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil* (2010) la Corte IDH dejó en claro que la incompatibilidad de las leyes de amnistía y la Convención Americana no sólo se extendía a leyes de “autoamnistía”, es decir, aquellas decretadas por el propio régimen que no permitieran la investigación de graves violaciones de derechos humanos, extendiéndose también la prohibición a leyes que hubieran sido resultado de un “debate político y fueran considerada por muchos como un paso importante para la reconciliación nacional”, tal y como fue alegado por el Estado en su contestación¹²⁰. Este mismo criterio fue reiterado en el caso *Gelman v. Uruguay* (2011), donde la Corte IDH estableció que para efectos de determinar la nulidad de una ley de amnistía no es relevante el nombre de la ley, la autoridad que emitió la

119 *Ibidem*, párr. 124.

120 Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil* excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 130.

ley, los sujetos a los que cubre, ni su proceso de adopción, sino su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al Derecho Internacional¹²¹.

En un sentido similar, en el caso *El Mozote v. El Salvador* (2013), la Corte IDH estableció que la posibilidad de conceder amnistías como una medida para procurar el cese de las hostilidades en los conflictos armados de carácter no internacional para posibilitar el retorno a la paz, prevista por el artículo 6.5 del Protocolo II adicional de las Convenciones de Ginebra, no puede incluir todo tipo de crímenes, puesto que el Derecho Internacional Humanitario establece la obligación de investigar y juzgar crímenes de guerra. En consecuencia, las leyes de amnistía amplias que pueden ser otorgadas a quienes hayan participado en un conflicto armado o se encuentren privados de libertad por razones relacionadas con el conflicto armado, sólo pueden aplicar a hechos que no caben en la categoría de crímenes de guerra o crímenes contra la humanidad¹²². Cabe destacar, sin embargo, que a diferencia de los anteriores casos, la Corte IDH no declaró la nulidad de la ley de amnistía de El Salvador¹²³.

121 Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, fondo y reparaciones, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 229.

122 Cfr. Corte IDH, *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de octubre de 2012, Serie C No. 252, párrs. 285 y 286.

123 Resulta de interés el voto concurrente del juez Diego García Sayán en el *Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños v. El Salvador*, fondo, reparaciones y costas...

d. Elementos más importantes en la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de leyes de amnistía

- i. Las leyes de amnistía violan los artículos 1.1 y 2 de la Convención, y los derechos de acceso a la justicia, verdad y reparación

La jurisprudencia de la Corte IDH ha reconocido desde el caso Velázquez Rodríguez, que la obligación de garantía crea la obligación del deber de los Estados parte de “organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”¹²⁴. Por lo tanto, “los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”¹²⁵.

El deber de investigación es un deber de medios y no de resultados, lo cual implica que debe ser asumido como un deber jurídico y no como una mera formalidad. Pero el artículo 1.1 requiere que una vez que las autoridades tienen conocimiento de violaciones a derechos humanos, deben iniciar una investigación *ex officio*, seria, independiente e imparcial, que remueva todos los obstáculos *de jure* y *de facto* que permitan el mantenimiento de la impunidad¹²⁶. Las autoridades además, deben utilizar todos los medios disponibles para garantizar una investigación pronta y expedita. En consecuencia, la Corte IDH ha considerado

124 Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo... párr. 166.

125 *Ibidem*.

126 Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil* excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 138.

que la aplicación de leyes de amnistía viola el artículo 1.1 de la Convención Americana al permitir que graves violaciones a derechos humanos queden impunes, lo que constituye una violación al deber de investigación.

Por otro lado, el artículo 2 de la Convención es violentado cuando una ley de amnistía es adoptada, cuando no es removida del sistema jurídico o cuando es aplicada por las autoridades de forma tal que previene el cumplimiento de las obligaciones del Estado conforme al artículo 1.1.

En este sentido, la Corte IDH ha razonado que una vez que la Convención Americana es ratificada, corresponde al Estado adoptar todas las medidas necesarias para dejar sin efecto las disposiciones legales que pudieran contravenirla, como son las que impiden la investigación de graves violaciones de derechos humanos que conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuidad de la impunidad, y que impiden a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad de los hechos¹²⁷.

La Corte IDH ha establecido que la aplicación de leyes de amnistía impide que las víctimas o sus familiares sean oídos por un juez, lo cual constituye una violación al artículo 8.1. En el mismo sentido, el Estado viola el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 por la falta de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos¹²⁸. La violación al derecho a la verdad se constituye en el momento en que se impide a las víctimas sobrevivientes, sus familiares y a los familiares de las víctimas que fallecieron, conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos. El derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos

127 *Ibidem*, párrs. 173 y 174.

128 *Ibidem*, párr. 172.

competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades penales correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25¹²⁹.

Finalmente, con relación a este punto, la Corte IDH ha establecido que la aplicación de leyes de amnistía viola el derecho a la reparación, toda vez que cierra la puerta a la futura investigación de los hechos y compensación de las víctimas y sus familiares. La Corte IDH constantemente ha trazado líneas entre la obligación de investigar y la obligación de reparar, de forma tal que la obligación de investigar y sancionar a los responsables de violaciones a los derechos humanos constituye una importante medida de reparación. Por ejemplo, en el caso de *Goiburú v. Paraguay* (2006), la Corte IDH determinó que cuando el derecho a la verdad es efectivamente protegido por el Estado, esta conducta “constituye un medio importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”¹³⁰.

ii. Las leyes de amnistía son manifiestamente incompatibles con la Convención Americana y son nulas ab initio

En consideración de lo anterior, es posible afirmar que la nulidad de las leyes de amnistía se genera por tres razones. Primero, porque ninguna disposición de Derecho Interno – incluyendo leyes de amnistía y plazos de prescripción – puede impedir a un Estado cumplir con su obligación de investigar, perseguir, capturar y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables de graves violaciones de derechos humanos

129 Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, fondo... párrs. 47 y 48.

130 Cfr. *Caso Goiburú y otros v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas... párr. 164.

(ejecuciones extrajudiciales, masacres, tortura, desaparición forzada, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad, etc.), lo cual conduce a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, en flagrante violación a la obligación de garantía establecida en el artículo 1.1.

Segundo, puesto que contravienen derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la verdad y el derecho a la reparación), los cuales se encuentran protegidos por los artículos 8 y 25, con relación a los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana. Respecto al derecho a la verdad, cabe destacar que ésta es la verdad conocida en instancias judiciales, no sólo en comisiones de la verdad, las cuales son importantes pero no sustituyen la obligación del Estado de establecer la verdad a través de procesos judiciales penales¹³¹.

Tercero, las obligaciones del artículo 2 prohíben la expedición de leyes contrarias a la Convención Americana y su aplicación cuando éstas impiden el cumplimiento de las obligaciones conforme al artículo 1.1¹³². Las leyes de amnistía son manifiestamente incompatibles con la Convención Americana y constituyen un hecho ilícito internacional. Su vigencia crea *per se* una situación que compromete la responsabilidad internacional del Estado, al afectar de forma continuada derechos inderogables¹³³.

131 Cfr. Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil* excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 297.

132 *Ibidem*, párr. 172; *Caso La Cantuta v. Perú*, fondo, reparaciones y costas... párr. 169.

133 Cfr. Corte IDH, *Caso Barrios Altos v. Perú*, interpretación de la sentencia de fondo, sentencia de 3 de septiembre de 2001, Serie C No. 83, párr. 18 y Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 11. "11. Siendo

Es importante destacar que para la Corte IDH hay un deber incondicional de sancionar penalmente a aquellos que cometen graves violaciones a derechos humanos. En consecuencia, la Corte IDH rechaza medidas alternativas a la sanción penal para garantizar el derecho a la verdad y el derecho de acceso a la justicia, como podrían ser la creación de comisiones de la verdad. Estas comisiones pueden ser importantes para establecer la verdad histórica de los hechos, pero nunca para sustituir la sanción penal.

En el mismo sentido, el Tribunal Interamericano considera intrascendente si la ley de amnistía es aprobada por procesos democráticos, el nombre que adquiera o si sólo se dirige a un grupo determinado: las amnistías están siempre prohibidas en casos que eviten la investigación y sanción de los responsables por las más graves violaciones a derechos humanos. Sin embargo, esto no necesariamente significa que todas las amnistías están prohibidas por la Convención Americana¹³⁴.

así, las leyes de autoamnistía, además de ser manifiestamente incompatibles con la Convención Americana, y desprovistas, en consecuencia, de efectos jurídicos, no tienen validez jurídica alguna a la luz de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Son más bien la fuente (*fons et origo*) de un acto ilícito internacional: a partir de su propia adopción (*tempus commisi delicti*), e independientemente de su aplicación posterior, comprometen la responsabilidad internacional del Estado. Su vigencia crea *per se* una situación que afecta de forma continuada derechos inderogables, que pertenecen, como ya lo he señalado, al dominio del *jus cogens*”.

134 Como bien señala García Ramírez: “Ciertamente no desconozco la alta conveniencia de alentar la concordia civil a través de normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz y a la apertura de nuevas etapas constructivas en la vida de una nación. Sin embargo, subrayo -como lo hace un creciente sector de la doctrina, y ya lo ha hecho la Corte Interamericana- que esas disposiciones de olvido y perdón ‘no pueden poner a cubierto las más severas violaciones a los derechos humanos, que significan un grave menosprecio de la dignidad del ser humano y repugnan a la conciencia de la humanidad’”. *Caso Barrios Altos v. Perú*, fondo..., Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, párr. 7.

6. Responsabilidades ulteriores por exceso en el ejercicio de la libertad de expresión

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido ocho casos sobre responsabilidades ulteriores penales impuestas por el exceso en que incurra una persona en ejercicio de su libertad de expresión, lo cual representa un 4,65% del total de casos en materia penal que ha conocido en ejercicio de su jurisdicción contenciosa. El primer caso en que el tema se trató fue *Herrera Ulloa v. Costa Rica* (2004), siendo el caso más reciente la sentencia del caso *Mémoli v. Argentina* (2013). A las sentencias en el ejercicio de su jurisdicción contenciosa hay que sumar la opinión consultiva sobre la Colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (1985), la cual estableció estándares fundamentales en materia de las restricciones legítimas a la libertad de expresión, que influyeron los siguientes desarrollos jurisprudenciales. La Corte IDH ha conocido casos relacionados con cinco países en esta materia: Argentina (3), Venezuela (2), Costa Rica (1), Panamá (1) y Paraguay (1).

El tema de las responsabilidades ulteriores está esencialmente ligado al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, los cuales se encuentran protegidos por el artículo 13 de la Convención Americana. El Pacto de San José ofrece una amplia protección a ambos derechos pues “comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”¹³⁵. En este sentido, la Corte IDH ha considerado que este derecho tiene dos dimensiones: la primera individual,

135 Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 13.1.

pues requiere que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento por los medios apropiados; la segunda colectiva, pues implica el derecho de los miembros de la sociedad a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno¹³⁶.

Sin embargo, como cualquier otro derecho humano, la protección a la libertad de expresión no es absoluta, por lo que puede estar sujeta a restricciones legítimas. Las restricciones que los Estados pueden imponer a este derecho se encuentran contempladas en los incisos 2, 4 y 5 del artículo 13, y contemplan también – aunque de forma subsidiaria – las reglas establecidas su artículo 32.2. Tomando en consideración las reglas establecidas en los mencionados artículos, la Corte IDH ha interpretado que una restricción a la libertad de expresión debe estar (1) expresamente fijada por la ley¹³⁷ y (2) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana¹³⁸. No podrán invocarse el “orden público” o el “bien común” como medios para “suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real”¹³⁹. En el mismo sentido, la Corte IDH ha establecido que la legalidad de cualquier restricción a la libertad de expresión deberá estar

136 Cfr. Corte IDH, *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. 30 a 32.

137 Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 13.2.

138 *Ibidem*. Es decir, debe ser necesaria para asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas; los espectáculos públicos pueden ser sometidos por ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la moral de la infancia y la adolescencia.

139 *Ibidem*, párr. 67. Estos conceptos deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención Americana.

orientada a satisfacer un interés público imperativo, por lo que siempre deberán escogerse aquellas que restrinjan en menor escala el derecho protegido¹⁴⁰.

De esta forma, la Convención Americana otorga una amplia protección a la libertad de expresión y prohíbe, en general, que el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión sea sujeto a censura previa. Pero, por otro lado, permite que quien abuse de su libertad de expresión sea sujeto a la responsabilidad ulterior que corresponda, siempre y cuando estas responsabilidades cumplan con los estándares antes mencionados. La sanción penal no está excluida del régimen de responsabilidades ulteriores a los que se refiere la Convención Americana, pero dado que las medidas penales constituyen el último medio de control de las conductas sociales, y que éstas medidas deben estar restringidas en regímenes democráticos, el análisis de la proporcionalidad de las medidas penales requiere un tratamiento especial al de otro tipo de regímenes, por ejemplo, el civil.

En los siguientes párrafos analizaremos la forma en que la Corte IDH ha dado tratamiento a este tema. Comenzaremos con un análisis del caso Herrera Ulloa, que puede ser considerado el *leading case* en la materia. Luego, analizaremos la forma en que el criterio de la Corte IDH ha cambiado en otras decisiones, refiriéndonos especialmente a la diferencia con la decisión del caso Mémoli. Finalmente, haremos un análisis esquemático de los elementos centrales de la jurisprudencia en la materia.

140 Cfr. Corte IDH, *Caso Ricardo Canese v. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2004, Serie C No. 111, párr. 96. “Por lo que no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil y oportuno”.

b. El caso Herrera Ulloa: *leading case* en materia de responsabilidades ulteriores

i. Los hechos del caso

Los hechos que dieron lugar al presente caso Herrera Ulloa surgen por la emisión de la sentencia penal condenatoria de 12 de noviembre de 1999, la cual fue dictada como consecuencia de que los días 19, 20 y 21 de mayo y 13 de diciembre de 1995 se publicaron en el periódico “La Nación” diversos artículos escritos por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, los cuales consistían en reproducciones parciales de publicaciones periodísticas europeas. En estos artículos se atribuyó la comisión de hechos ilícitos al diplomático Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica en la Organización Internacional de Energía Atómica en Austria. La sentencia fue emitida por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José, declarándose al señor Ulloa como autor responsable de cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación¹⁴¹.

La sentencia condenatoria del Tribunal Penal fue emitida al considerar que los artículos periodísticos “fueron redactados y publicados a sabiendas del carácter ofensivo de su contenido con la única finalidad de deshonar y afectar la reputación del señor Félix Przedborski” y que configuran cuatro delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, según el Código Penal de Costa Rica, sin que se hiciera lugar a la *exceptio veritatis*. Por esta razón se le impuso al señor Herrera Ulloa la

141 Cfr. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa v. Costa Rica*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C No. 107, párr. 3, con relación al párr. 95; la redacción es muy similar a la primera parte del resumen de los hechos que hace la Corte al inicio de la sentencia, y está verificada con la información de la sección de “hechos probados”.

pena de 40 días multa por cada delito, a ¢2.500,00 (dos mil quinientos colones) cada día, para un total de 160 días de multa. A su vez, el Tribunal Penal ordenó al señor Mauricio Herrera Ulloa que publicara el “Por Tanto” de la sentencia condenatoria en el periódico “La Nación”, en la sección denominada “El País”, en el mismo tipo de letra de los artículos objeto de la querrela¹⁴².

La mencionada sentencia declaró con lugar la acción civil resarcitoria, por lo que se condenó al señor Mauricio Herrera Ulloa como redactor del periódico “La Nación”, y al periódico “como medio informativo en el que se publicaron los artículos difamantes”, en carácter de responsables civiles solidarios, al pago de ¢60.000.000,00 (sesenta millones de colones) por concepto de daño moral causado por las publicaciones. Además, el Tribunal Penal ordenó al periódico que 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 los artículos querrellados y la parte dispositiva de la sentencia condenatoria. El defensor del señor Herrera Ulloa interpuso un recurso de casación, el cual fue declarado sin lugar¹⁴³.

ii. El criterio de la Corte Interamericana

La Corte IDH centró su análisis en determinar si Costa Rica restringió o no indebidamente el derecho a la libertad de expresión del señor Herrera Ulloa, como consecuencia del procedimiento penal y de las sanciones penales y civiles impuestas, lo cual implicó un análisis sobre si los artículos publicados constituyeron un delito determinado y si, a través de la sentencia penal y civil,

142 Ibidem, párr. 95.t.

143 Ibidem, párr. 95.w.

el Estado vulneró el artículo 13 de la Convención Americana¹⁴⁴. Sobre esta base, la Corte IDH analizó el fondo del asunto en el siguiente orden: (1) contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión; (2) la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática; (3) el rol de los medios de comunicación y del periodismo con relación a la libertad de pensamiento y de expresión, y (4) las restricciones permitidas a la libertad de pensamiento y de expresión en una sociedad democrática¹⁴⁵.

En lo que respecta a este último punto – que es el que nos concierne para este apartado – la Corte IDH destacó que el derecho a la libertad de expresión no es un derecho absoluto y que este puede ser objeto de restricciones, tal y como lo señalan los incisos 2, 4 y 5 del artículo 13 de la Convención Americana. El artículo 13.2 prevé la posibilidad de establecer restricciones a la libertad de expresión que se manifiestan a través de la aplicación de responsabilidades ulteriores por el ejercicio abusivo de un derecho, pero éstas “no deben de modo alguno limitar, más allá de lo estrictamente necesario, el alcance pleno de la libertad de expresión y convertirse en un mecanismo directo o indirecto de censura previa”¹⁴⁶.

En este orden de ideas, la Corte IDH estableció que para poder determinar la legitimidad de las responsabilidades ulteriores, es necesario que se cumplan tres requisitos: “1) deben estar expresamente fijadas por la ley; 2) deben estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad

144 *Ibidem*, párr. 106.

145 *Ibidem*, párr. 107.

146 *Ibidem*, párr. 120.

democrática”¹⁴⁷. Respecto de estos requisitos, señaló que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de expresión”¹⁴⁸. (Este test sería después utilizado en todos los casos similares.)

Tomando en consideración la distinción que ha realizado la Corte Europea (caso *Lingers v. Austria*, 1986, párr. 42) entre las restricciones que son aplicables cuando el objeto de la expresión se refiera a un particular y cuando es una persona pública, como un político, y la importancia de que exista un control democrático por parte de la sociedad a través de la opinión pública¹⁴⁹, la Corte IDH consideró que “las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar [...] de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público”¹⁵⁰. Con este criterio, la Corte IDH no desconoció que el honor de las personas que ejercen funciones públicas esté jurídicamente protegido, pero estableció que “aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público están expuestas voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestas a un mayor riesgo de sufrir críticas”¹⁵¹.

A la luz de este criterio, la Corte IDH señaló que el hecho de que el señor Herrera Ulloa no haya logrado probar la veracidad de los hechos que daban cuenta de las publicaciones europeas

147 *Ibidem*, párr. 120.

148 *Ibidem*, párr. 123.

149 *Ibidem*, párrs. 125-127.

150 *Ibidem*, párr. 128.

151 *Ibidem*, párrs. 128 y 129.

sobre las cuales basó sus artículos es una limitación excesiva a la libertad de expresión inconsecuente con lo previsto en el artículo 13.2¹⁵², la cual además, produce “un efecto disuasivo, atemorizador e inhibitorio sobre todos los que ejercen la profesión de periodista, lo que, a su vez, impide el debate público sobre temas de interés de la sociedad”¹⁵³. Por estas razones, consideró que el Estado violó la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana¹⁵⁴.

c. Criterios posteriores de la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de responsabilidades ulteriores

Posterior al caso Herrera Ulloa, la Corte IDH se pronunció sobre el tema en siete sentencias, entre las que destacan las decisiones del caso *Kimel v. Argentina* y *Mémoli v. Argentina* (2013).

En el primero de ellos la Corte IDH estableció que las responsabilidades ulteriores penales por el abuso del ejercicio de la libertad de expresión no sólo deben estar previstas en la ley, tanto en sentido formal como material, sino que también “es preciso observar los estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer en este ámbito el principio de legalidad”¹⁵⁵. Esto significa que deben formularse de manera “expresa, precisa, taxativa y previa”¹⁵⁶. En el mismo

152 *Ibidem*, párr. 132.

153 *Ibidem*, párr. 133.

154 *Ibidem*, párr. 135.

155 Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de mayo de 2008, Serie C No. 177, párr. 63.

156 *Ibidem*, párr. 63.

sentido, determinó que, tomando en consideración el régimen de protección a la libertad de expresión, la razonable conciliación entre este derecho, el derecho a la honra y el principio de mínima intervención penal característico de las sociedades democráticas, “el empleo de la vía penal debe cumplir con los requisitos impuestos por el principio de legalidad y sólo debe incluir graves lesiones a bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido”¹⁵⁷.

De esta forma, la legitimidad de una restricción dependerá de su proporcionalidad, lo que implica que debe lograr una “importante satisfacción del derecho a la reputación” sin hacer “nugatorio el derecho a la libre crítica contra la actuación de funcionarios públicos”¹⁵⁸. La Corte IDH determinó que para realizar la ponderación entre ambos derechos, se debe analizar:

[...] i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro. En algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a la salvaguarda del derecho a la honra¹⁵⁹.

En el caso *Mémoli*, la Corte IDH reiteró que “tanto la libertad de expresión como el derecho a la honra revisten suma importancia, por lo cual es necesario garantizar ambos derechos, de forma que coexistan de manera armoniosa”¹⁶⁰. Sin embargo,

157 *Ibidem*, párr. 77.

158 *Ibidem*, párr. 84.

159 *Ibidem*, párr. 84.

160 Cfr. Corte IDH, *Caso Mémoli v. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 22 de agosto de 2013, Serie C No. 265, párr. 127.

distinto a como lo había venido realizando con anterioridad en casos similares, por mayoría de cuatro votos contra tres¹⁶¹ calificó como legítimas las restricciones en el caso al considerar que las condenas penales impuestas a nivel local estaban “previstas legalmente y obedecían a un objetivo permitido en la Convención” –distinguiendo así el criterio del caso Kimel –; que las expresiones de los señores Mémoli fueron “examinadas en detalle por las autoridades judiciales internas”¹⁶²; que las autoridades judiciales internas “estaban en mejor posición para valorar el mayor grado de afectación en un derecho u otro”¹⁶³; que las expresiones utilizadas en la publicación habían sido calificadas como injuriosas por tribunales domésticos, derivando así en la imposición de una sanción penal; que las expresiones de los señores Mémoli llegaban a una audiencia mucho mayor que la que podía verse beneficiada, y por ciertos calificativos empleados por los señores Mémoli¹⁶⁴.

De esta forma, en la determinación del criterio en el caso Mémoli, la Corte IDH permitió una restricción más amplia a la libertad de expresión que en casos anteriores, aparentemente debido a que las expresiones por las cuales fueron condenados los señores Mémoli no involucraban a funcionarios o figuras públicas ni versaban sobre el funcionamiento de las instituciones del Estado¹⁶⁵. Sin embargo, el criterio de la Corte IDH no fue unánime y la posición disidente estimó que no existió pronunciamiento alguno en el ámbito interno sobre la proporcionalidad entre el ejercicio a la libertad de expresión y la

161 Véase el voto parcialmente disidente de los jueces Manuel Ventura Robles, Eduardo Vío Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

162 Cfr. Corte IDH, *Caso Mémoli v. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 141.

163 *Ibidem*, párr. 143.

164 *Ibidem*, párr. 143.

165 *Ibidem*, párr. 146.

necesidad de las responsabilidades ulteriores decretadas por el juez interno, lo cual es necesario para la correcta determinación del cumplimiento por parte del Estado del artículo 13 de la Convención Americana¹⁶⁶.

d. Elementos más importantes en la jurisprudencia en materia de responsabilidades ulteriores

- i. Se advierte un conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la honra que requiere un juicio de ponderación

Los derechos a la libertad de expresión y a la honra revisten suma importancia en el régimen de la Convención Americana. Por esta razón la protección a ambos derechos requiere la debida observancia de los límites fijados por la propia Convención, debiendo responder siempre a un “criterio de estricta proporcionalidad”¹⁶⁷. En el proceso de armonización entre ambos derechos, el Estado tiene la facultad de establecer las responsabilidades y sanciones – incluso de tipo penal – que fueren necesarias para obtener tal propósito; por esta razón, en principio, es legítima la determinación de responsabilidad penal cuando la honra o la reputación se vean afectados por un ejercicio abusivo de la libertad de expresión¹⁶⁸. Pero dada la importancia de la protección a la libertad de expresión y la necesidad de restringir el uso de las sanciones penales en una

166 Véase el voto parcialmente disidente de los jueces Manuel Ventura Robles, Eduardo Vio Grossi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

167 Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas... párr. 56.

168 Cfr. Corte IDH, *Caso Tristán Donoso v. Panamá*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 27 de enero de 2009, Serie C No. 193, párr. 112.

sociedad democrática, el Estado debe minimizar las restricciones a la circulación de la información y equilibrar la participación de las distintas informaciones en el debate público¹⁶⁹.

Las complejidades que se presentan por la necesidad de proteger la honra y el honor, pero al mismo tiempo proteger la libertad de expresión y evitar el uso excesivo de la sanción penal, provocan que la solución a los conflictos que se produzcan entre ambos derechos requiera de una ponderación entre los mismos, a través de un juicio de proporcionalidad que atienda a las características de cada caso¹⁷⁰. En consecuencia, no es posible establecer respuestas categóricas sobre qué derecho prevalece sobre cuál, o si la aplicación de una sanción penal es adecuada o no. Cada caso requiere una evaluación particularizada.

ii. Requisitos específicos para determinar la convencionalidad de la imposición de responsabilidades ulteriores

Sin embargo, la Corte IDH ha establecido una serie de criterios que permiten establecer el *test* para determinar si la imposición de una responsabilidad penal es consistente con el régimen de protección al derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13. El primer criterio es que la responsabilidad ulterior esté “**expresamente fijada por la ley**”¹⁷¹, por lo que cualquier limitación o restricción debe estar prevista en la ley, tanto en sentido formal como material. Cuando la responsabilidad es penal, la Corte IDH ha interpretado que la ley debe observar los “estrictos requerimientos característicos de la tipificación penal para satisfacer el principio de legalidad”, por lo que deben

169 *Ibidem*, párr. 113.

170 Cfr. Corte IDH, *Caso Mémoli v. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 127.

171 Convención Americana, artículo 13.2.

formularse en forma “expresa, precisa, taxativa y previa”¹⁷². Esto sucede porque la elaboración de los tipos penales requiere la utilización de “términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles, y que no permitan que existan ambigüedades que abran la puerta al arbitrio de la autoridad”¹⁷³. En consecuencia, los delitos de injuria y calumnia – que protegen la honra y la reputación – no son *per se* incompatibles con la Convención Americana cuando cumplan con los requisitos de legalidad antes mencionados¹⁷⁴.

El segundo criterio se refiere a la **idoneidad y finalidad de la restricción**, que está especificada en el artículo 13 de la Convención Americana como aquellas necesarias para asegurar “a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. La Corte IDH ha establecido que la protección al honor o la reputación de un funcionario público o de un particular es un fin legítimo para establecer una restricción; sin embargo, también se ha pronunciado en el sentido de que las restricciones son legítimas no sólo cuando buscan proteger otros derechos individuales y que también se extienden a otros motivos, como puede ser la protección al honor o reputación de las fuerzas armadas¹⁷⁵.

172 Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas... párr. 63.

173 *Ibidem*, párr. 63.

174 Cfr. Corte IDH, *Caso Mémoli v. Argentina*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párr. 127. Véase el voto parcialmente disidente de los jueces Manuel Ventura Robles, Eduardo Vío Grossi y Eduardo Ferrer MacGregor Poisot.

175 Cfr. Corte IDH, *Caso Usón Ramírez v. Venezuela*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 63.

El tercer criterio se refiere a la **necesidad de la medida**, lo que implica una evaluación sobre la posibilidad del Estado de utilizar otras medidas alternativas de protección menos restrictivas que una sanción penal. La Corte IDH ha reconocido que el derecho penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita, y por esta razón existe la posibilidad de que los delitos de calumnia e injurias puedan resultar contrarios al principio de intervención mínima y de *ultima ratio* del derecho penal, toda vez que el poder punitivo sólo se debe ejercer en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro¹⁷⁶. Es por esta razón que la imposición de una sanción penal por la afectación de la honra o la reputación sólo pasa el *test* de necesidad cuando pondera adecuadamente la gravedad de la conducta desplegada, el dolo con el que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar las medidas penales¹⁷⁷.

El cuarto criterio se refiere a la **estricta proporcionalidad de la medida**, lo que implica una evaluación en torno a si “el sacrificio inherente a aquella no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación”¹⁷⁸. Esto significa que la restricción deberá justificarse según los objetivos colectivos que persiga, los cuales deberán, por su importancia, preponderar claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza, y no

176 Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas... párr. 77.

177 *Ibidem*, párr. 78.

178 *Ibidem*, párr. 83.

limitar el derecho más allá de lo estrictamente necesario¹⁷⁹. Para determinar este elemento, la Corte IDH ha establecido un *test* específico que analiza: “i) el grado de afectación de uno de los bienes en juego; ii) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y iii) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro”¹⁸⁰. En este sentido, ha establecido que en algunos casos la balanza se inclinará hacia la libertad de expresión y en otros a salvaguardar el derecho a la honra.

7. Pena de muerte

a. Introducción

La Corte IDH ha conocido a profundidad cinco casos sobre la imposición de la pena de muerte en violación al artículo 4 de la Convención Americana, lo cual representa el 2,9% del total de casos en materia penal que ha conocido en ejercicio de su jurisdicción contenciosa. La primera ocasión en que el tema fue tratado por la Corte IDH fue en la opinión consultiva OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983, relativa a las Restricciones a la Pena de Muerte, la cual sentó las bases sobre lo que después sería el desarrollo jurisprudencial de la materia. El primer caso que la Corte IDH trató con relación a este tema en ejercicio de su jurisdicción contenciosa fue *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago* (2002), siendo la más reciente sentencia el caso *Dacosta Cadogan v. Barbados* (2009). Por este tipo de casos han sido condenados tres países: Guatemala (2), Barbados (2) y Trinidad y Tobago (1).

179 Cfr. Corte IDH, *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. 83.

180 Cfr. Corte IDH, *Caso Kimel v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas... párr. 84.

Los casos sobre la imposición de la pena de muerte conciernen fundamentalmente la violación al derecho a la vida de conformidad con el artículo 4 de la Convención Americana. Es cierto que la mayoría de los casos concernientes a la violación al derecho a la vida han estado relacionados con ejecuciones extrajudiciales individuales o sumarias cometidas por agentes del Estado o con su colaboración – como mencionamos en un apartado anterior. Pero esto no significa que el tema de la pena de muerte no sea relevante, pues al día de hoy no es acertado afirmar que la pena de muerte esté prohibida por el Derecho Internacional ni que sea *per se* incompatible con la Convención Americana¹⁸¹. Por el contrario, es aceptada como una excepción legal – aunque no necesariamente legítima – a la protección al derecho a la vida, el cual paradójicamente goza de una protección especial en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y en particular en el régimen de la Convención Americana¹⁸².

Esta paradoja tiene como efecto que la pena de muerte sea entendida como un régimen excepcional que está esencialmente

181 Cfr. Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan v. Barbados*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de septiembre de 2009, Serie C No. 204, párr. 47.

182 Burgogue-Larsen, Laurence, y Úbeda de Torres, Amaya, *The Inter-American Court of Human Rights...* pág. 275. Explican las autoras que el derecho a la vida ha sido calificado como “un derecho superior”, “la más preciada posesión”, sin la cual ningún otro derecho puede existir. Desde esta base se explica que el derecho a la vida no puede ser interpretado de forma restrictiva, lo cual supone obligaciones positivas y negativas para los Estados. La primera implica un deber de garantizar que aquellos que sujetos a su jurisdicción no sean privados de la vida de manera arbitraria; la segunda, que los Estados tomen las medidas necesarias para garantizar su protección. Del lugar especial que goza este derecho, y por la operación del principio *pro personae*, se deriva que los límites que se le impongan deben ser mínimos. Por otro lado, el artículo 27 (2) de la Convención Americana, relativo a la suspensión de garantías, confirma el principio de que el derecho a la vida es un derecho que goza de especial protección, pues no puede ser suspendido en estados de emergencia.

relacionado con la protección al derecho a la vida, lo cual implica que la pena de muerte deba estar limitada por todos los medios posibles, tanto desde una perspectiva de Derecho Internacional como en el Derecho Nacional. En el texto del Pacto de San José esta situación queda clara al observar que cuatro de los cinco apartados del artículo 4 (derecho a la vida) imponen restricciones a la ejecución de la pena de muerte; que en los trabajos preparatorios la mayoría de las delegaciones consideraron deseable la erradicación total de la pena de muerte¹⁸³, y la adopción del Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte (1990) (Protocolo de 1990), en el cual los Estados signatarios se comprometieron a no aplicar en su territorio la pena de muerte a ninguna persona sometida a su jurisdicción (Protocolo, artículo 1).

A la luz del artículo 4 de la Convención Americana, y de los artículos 1 y 2 del Protocolo Adicional para la Abolición de la Pena de Muerte de 1990, es posible clasificar dos realidades normativas generales que coexisten en el Sistema Interamericano. La primera es que la pena de muerte está prohibida y su aplicación sería una clara violación a la Convención Americana en Estados donde estaba abolida al momento de su firma, donde fue abolida con posterioridad a la firma del Pacto de San José o en Estados que son parte del Protocolo de 1990. Pero en aquellos Estados en los que la pena de muerte era legal en el Derecho Interno al momento de la adopción de la Convención Americana, que nunca la abolieron, que no han firmado el Protocolo de 1990 o que firmaron el Protocolo de 1990 pero que se reservaron el derecho de aplicar la pena de muerte en tiempos de guerra, esta sanción penal no viola *per se* la Convención Americana, aunque

183 Cfr. Corte IDH, *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. 58.

si está sujeta a las sofisticadas restricciones establecidas en el artículo 4, y aquellas restricciones procesales y sustantivas que fueron desarrolladas posteriormente por la Corte IDH en su jurisprudencia.

Los siguientes párrafos se referirán a los estándares aplicables para el segundo tipo de Estados. Para realizar la exposición del tema, comenzaremos exponiendo los elementos centrales del caso Hilaire, en el cual la Corte IDH desarrolló importantes estándares en la materia que complementan aquellas previstas en la Convención Americana y en el Protocolo de 1990; luego analizaremos de manera analítica los estándares convencionales y aquellos que derivan de la jurisprudencia de la Corte IDH.

b. Los límites de la pena de muerte en el Caso de Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago (2002)

i. Los hechos del caso

Todas las víctimas del caso Hilaire (32 en total) fueron juzgadas, declaradas culpables de homicidio intencional en Trinidad y Tobago y condenadas a morir de acuerdo con la Ley de Delitos contra la Persona, vigente en el Estado desde el 3 de abril de 1925. Esta ley prescribía la pena de muerte como única condena aplicable al delito de homicidio intencional. Es decir, la pena de muerte se constituía en ese supuesto como una sanción obligatoria. La Sección 3 de la Ley de Delitos contra la Persona adopta de la legislación inglesa la definición de homicidio intencional, no permitiendo al juez o al jurado considerar, para efectos de graduar la pena, las circunstancias particulares del delito o del acusado, una vez que éste ha sido encontrado culpable de homicidio intencional. Por otro lado,

el artículo 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago prohibía impugnar, en función de las secciones 4 y 5 de la misma, toda ley o acto adoptado en virtud de cualquier ley vigente en el Estado antes de 1976, año en que entró en vigor la mencionada Constitución. Las 32 personas a las que se refiere este caso acudieron a los procedimientos internos respectivos para la revisión de sus condenas¹⁸⁴.

ii. El criterio de la Corte Interamericana

La Corte IDH se pronunció específicamente sobre la “pena de muerte obligatoria” sobre la base del artículo 4 de la Convención Americana, determinando que aun cuando la Convención no prohíbe expresamente la aplicación de la pena de muerte, 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”¹⁸⁵. La Corte IDH reiteró su criterio de la OC-13 con relación a los alcances del artículo 4 en el sentido de que existen 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 a 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 capital”¹⁸⁶. Estos estándares parecen ser utilizados por la Corte IDH como base de la sentencia.

184 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas... párr. 84.

185 *Ibidem*, párr. 99.

186 *Ibidem*, párr. 100.

La Corte IDH estableció que “tiene presente el sufrimiento causado por los homicidas a las víctimas directas o a sus familiares en los casos de homicidio intencional”, y recordó el “deber que tienen los Estados de proteger a las víctimas potenciales de ese género de delitos”, pero señaló 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 aplicables”¹⁸⁷. De esta forma, “la privación intencional e ilícita de la vida de una persona (homicidio intencional o doloso, en sentido amplio) puede y debe ser reconocida y contemplada en la legislación penal, si bien bajo diversas categorías (tipos penales) que correspondan a la diversa gravedad de los hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos: especiales relaciones entre el delincuente y la víctima, móvil de la conducta, circunstancias en las que ésta se realiza, medios empleados por el sujeto activo, etc.”. Por lo que se debe establecer una graduación en la gravedad de los hechos, a la que corresponderá una graduación de los niveles de severidad de la pena aplicable¹⁸⁸.

La Corte IDH constató que la Ley de Delitos contra la Persona de Trinidad y Tobago, de 1925, ordenaba la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconocía que éste podía presentar diversos órdenes de gravedad. De ese modo, la referida Ley impidió al juez

[...] considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena, pues se limitó a imponer, de modo indiscriminado

187 *Ibidem*, párr. 101.

188 *Ibidem*, párr. 102.

y mecánico, la misma sanción de pena de muerte 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 Convención¹⁸⁹.

De igual forma, la Corte IDH notó que la ley trinitaria impide que dicha sanción sea modificada por la vía de la revisión judicial¹⁹⁰. Así, coincidió con la afirmación de que al considerar a todo responsable del delito de homicidio intencional como merecedor de la pena capital, “se está tratando a los acusados de este crimen no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte”¹⁹¹. Por esta razón, concluyó que, en tanto el efecto de la llamada Ley de Delitos contra la Persona consistía 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 violó la prohibición de privación arbitraria de la vida, en contravención del artículo 4.1 y 4.2 de la Convención Americana.

189 *Ibidem*, párr. 103.

190 *Ibidem*, párrs. 103 y 104.

191 *Ibidem*, párr. 105. La Corte citó como referencia el Caso *Woodson v. North Carolina*, 428 US 280, 304 (1976).

c. Elementos más importantes en la jurisprudencia en materia de restricciones a la pena de muerte

i. La pena de muerte como un régimen restringido

Las complejas restricciones al régimen de la pena de muerte encuentran sus raíces en los trabajos preparatorios de la Convención Americana, donde catorce de los diecinueve Estados participantes en la Conferencia Especializada (la cual tuvo lugar en la ciudad de San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969) dejaron constancia explícita del deseo de abolir la pena de muerte a través de un futuro protocolo adicional a la Convención y, en el caso de la República Dominicana, este deseo abolicionista fue hecho de manera expresa¹⁹². La importancia de estas manifestaciones es que las restricciones formales y materiales que la Corte IDH ha establecido en su jurisprudencia a la pena de muerte encuentra eco no sólo en el texto de la Convención Americana y en el objeto y propósito del tratado, sino también en la voluntad de la mayor parte de los Estados signatarios. Este espíritu quedó establecido por la Corte IDH en su opinión consultiva OC-3/83, en el sentido de que el artículo 4:

Revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de (la) pena (de muerte) sea en su imposición, sea en su aplicación, [y] en esta materia, la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar efectivamente su aplicación y su ámbito, de modo que esta se vaya reduciendo hasta su supresión final¹⁹³.

192 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVIII, núm. 114, septiembre-diciembre de 2005, IIJ-UNAM, pág. 1042.

193 Cfr. Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte...* párr. 99.

Sobre estas bases – que sirven como punto de partida – es posible entender las restricciones formales y materiales a la pena de muerte, las cuales surgen tanto del derecho de los tratados como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

ii. Restricciones formales y sustantivas a la pena de muerte

La **primera restricción formal** a la pena de muerte es que ésta sólo podrá imponerse por los delitos “más graves” (artículo 4.2). El lenguaje utilizado por la Convención Americana muestra una tendencia claramente restrictiva y excepcional, que busca utilizar esta sanción sólo en un número muy restringido de casos (no sólo los delitos “graves”, sino los “más graves”), que además no pueden incluir delitos políticos. Señala García Ramírez que los delitos más graves “son aquellos que lesionan del modo más severo, conforme a su naturaleza y características, y tomando en cuenta la culpabilidad del autor, los bienes de mayor jerarquía tutelados por el orden jurídico”¹⁹⁴. Sobre esta base, la Corte IDH ha desarrollado el criterio de que la pena de muerte requiere una correcta evaluación de las circunstancias que rodean al delito, de forma tal que sea posible distinguir los niveles de culpabilidad de un sujeto en la lesión de los bienes más relevantes¹⁹⁵.

Así, como fue mencionado antes, en el caso Hilaire la Corte IDH estableció que la Ley de Delitos contra la Persona violó el artículo 4 de la Convención Americana pues “ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio [...] De este modo,

194 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... págs. 1045 y 1046.

195 Medina, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2003, pág. 83.

la referida Ley impide al juez considerar circunstancias básicas en la determinación del grado de culpabilidad y en la individualización de la pena¹⁹⁶. En el mismo sentido, en el caso *Raxcacó Reyes v. Guatemala* (2005) la Corte IDH condenó al Estado por la aplicación de la pena de muerte obligatoria a los acusados del delito de plagio o secuestro pues “no se consideran – en ninguna instancia – las circunstancias particulares del delito y del acusado, tales como los antecedentes penales de este y de la víctima, el móvil, la extensión e intensidad del daño causado, las posibles circunstancias atenuantes o agravantes, entre otras consideraciones del autor y el delito¹⁹⁷. La Corte IDH falló en el mismo sentido en los casos de *Boyce y Otros v. Barbados* (2007)¹⁹⁸ y *Dacosta Cadogan v. Barbados* (2009)¹⁹⁹, ambos relativos a la aplicación automática de la pena de muerte por el delito de homicidio.

En el caso *Boyce*, la Corte IDH encontró que la aplicación obligatoria de la pena de muerte era *per se* violatoria de la Convención Americana, explicando que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida establecido en el artículo 4.1, y la obligación de aplicar la pena de muerte sólo a los delitos más graves derivado del artículo 4.2, hacía incompatible el mandato obligatorio de aplicar la pena de muerte con la Convención Americana, pues “la misma pena se aplica a conductas que pueden variar considerablemente y cuando no se restringe su

196 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas... párr. 103.

197 Cfr. Corte IDH, *Caso Raxcacó Reyes v. Guatemala*, fondo, reparaciones y costas... párrs. 80 y 81.

198 Cfr. Corte IDH, *Caso Boyce y otros v. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 20 de noviembre de 2007, Serie C No. 169, párr. 62.

199 Cfr. Corte IDH, *Caso Dacosta Cadogan v. Barbados*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas... párrs. 57 y 58.

aplicación a los delitos más graves”²⁰⁰. Así, enfatizó que los artículos relativos a la protección al derecho a la vida debían ser interpretados de acuerdo al principio *pro personae* en el sentido de limitar progresivamente la aplicación y alcance de la pena de muerte, para que de esta forma esta sanción sea reducida hasta su desaparición²⁰¹.

En el mismo espíritu, la Corte IDH ha entendido que el derecho a no ser privado arbitrariamente de la vida no sólo implica una prohibición de aquellas ejecuciones que han sido cometidas al margen de la ley (como sucede con las ejecuciones extrajudiciales o las masacres), sino que también es una prohibición de aquellas ejecuciones que ocurren dentro de la ley en sentido formal, pues es una obligación de los Estados distinguir a través de la ley entre los delitos más graves y otro tipo de delitos – y esta obligación subsiste aun cuando la ley no lo establezca así. En otras palabras, no es suficiente que el principio de legalidad en sentido formal sea respetado cuando se impone la pena de muerte, sino que además la ley tiene que distinguir sustancialmente entre diferentes grados de culpabilidad del acusado para que una ejecución no sea considerada arbitraria²⁰². Si la ley falla en hacer esta distinción, “significa tratar a las personas condenadas de un delito en particular no como seres humanos únicos, sino como miembros de una masa anónima, sin diferencias, sujeta a la imposición ciega de la pena de muerte”²⁰³.

Es también pertinente mencionar en este punto, que el Tribunal Interamericano se ha pronunciado en torno a las

200 Cfr. Corte IDH, *Caso Boyce y otros v. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párr. 51.

201 *Ibidem*, párr. 52.

202 *Ibidem*, párr. 57.

203 *Ibidem*, párr. 58.

consecuencias que tiene la existencia de leyes nacionales que permitan la imposición automática de la pena de muerte. En el caso Boyce fue establecido que, debido a que la base sobre la cual se impuso la pena de muerte a las víctimas del caso fue el artículo 2 de la Ley de Delitos Contra las Personas de 1868, esta ley afectó el derecho de las víctimas a no ser privadas arbitrariamente de la vida y, por lo tanto, era *per se* incompatible con la Convención Americana, de forma que el Estado tenía la obligación de adoptar las medidas de Derecho Interno para eliminar dicho artículo de la Ley²⁰⁴. En consecuencia, la Corte IDH también se refirió a la obligación de las autoridades de realizar un control de convencionalidad, de forma tal que las autoridades nacionales evitaran la aplicación del artículo 2 para eludir la imposición arbitraria de la pena de muerte. En palabras de la Corte IDH:

[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana²⁰⁵.

La **segunda restricción formal** a la pena de muerte viene de la vinculación que la Corte IDH ha hecho entre el debido proceso y el recurso efectivo, y la protección al derecho a la vida en el contexto de la pena de muerte. En este sentido, García Ramírez explica que existe un doble régimen de garantías en lo referente a la pena de muerte: “las ordinarias, aplicables a todas las hipótesis

204 *Ibidem*, párr. 74.

205 *Ibidem*, párr. 78.

de enjuiciamiento, y las específicas – como reforzamiento de garantías – destinadas a esas hipótesis punitivas, tanto en lo que atañe a la no retroactividad de la ley (tema sustantivo) como en lo que concierne al enjuiciamiento”²⁰⁶. Este criterio quedó fijado en el caso *Hilaire*, donde la Corte IDH estableció que: “tomando en cuenta la naturaleza excepcionalmente irreparable de la pena de muerte, la observancia del debido proceso legal, con su conjunto de derechos y garantías, es aún más importante cuando se halle en juego la vida humana”²⁰⁷. En consecuencia, en el caso específico de la pena de muerte, su imposición contraria a los estándares del debido proceso, protegidos por diversos artículos de la Convención Americana (comenzando por el propio artículo 4.2, 4.6, pero también los establecidos en los artículos 8 y 25), implicaría una violación al debido proceso *per se*, y una violación al artículo 4 de la Convención²⁰⁸.

Este criterio fue establecido en la opinión consultiva sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, en donde la Corte IDH concluyó que la práctica internacional refleja la existencia de un principio internacionalmente reconocido de que los Estados que aún mantienen la pena de muerte deben aplicar el más riguroso control sobre el respeto a las garantías judiciales, por lo que: “la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) del

206 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... pág. 1058.

207 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas... párrs. 134-135.

208 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... pág. 1058; Medina, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial*... pág. 88.

Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en esas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”, en los términos de las disposiciones relevantes”²⁰⁹. En similar sentido, en el caso *Boyce* el Tribunal Interamericano determinó que la existencia de una “cláusula de exclusión” en la Constitución de Barbados, que no permitía la revisión constitucional de la ley que establecía la pena de muerte obligatoria, vulneraba el derecho a la protección judicial, y en consecuencia violaba el artículo 2 con relación a los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25 de la Convención Americana²¹⁰.

Otras restricciones formales establecidas en el párrafo 2 del artículo 4 incluyen el principio de irretroactividad penal, en lo relativo a la norma general establecida en el artículo 9 de la Convención Americana – “nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable” –, y la prevista de forma específica en el artículo 4.2 – el cual establece que la pena de muerte sólo podrá imponerse “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”. Esta norma también establece que “tampoco se extenderá su aplicación [de la pena de muerte] a delitos a los cuales no se le aplique actualmente, lo que trae consigo el ‘congelamiento’ de la pena capital dentro de sus límites actuales en una actitud claramente abolicionista²¹¹;

209 Cfr. Corte IDH, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, opinión consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, Serie A No. 16, párrs. 133 a 137.

210 Cfr. Corte IDH, *Caso Boyce y otros v. Barbados*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas... párrs. 75-80.

211 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre

en este sentido, la Corte IDH estableció que “el artículo 4.2 establece un límite definitivo a la pena de muerte para todo tipo de delitos hacia el futuro”²¹².

En la misma lógica, el párrafo 3 del artículo 4 muestra un claro “sesgo abolicionista”²¹³ al establecer que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”, lo cual implica que “no se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación”, de forma tal que la decisión de un Estado “de abolir la pena de muerte se convierte, *ipso jure*, en una resolución definitiva e irrevocable”²¹⁴.

Los párrafos cuatro y cinco del artículo 4 establecen, respectivamente, la prohibición a “aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos” (párrafo 4), y la prohibición a imponer “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 les aplicará a mujeres en estado de gravidez” (párrafo 5)²¹⁵. Estas dos pueden ser consideradas como dos **restricciones sustantivas**.

Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... págs. 1059-1060.

212 Cfr. Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte...* párr. 68.

213 Medina, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, debido proceso y recurso judicial...* PÁG. 80.

214 Cfr. Corte IDH, *Restricciones a la Pena de Muerte...* párr. 56, citado por García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... pág. 1061.

215 Con relación a este último párrafo cabe destacar que también la Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la aplicación de la pena capital por delitos cometidos por menores de 18 años de edad (artículo 37.a).

Finalmente, el párrafo seis del artículo 4, aun cuando no establece una restricción *per se* a la pena de muerte, sí reconoce el derecho de toda persona condenada a muerte a “solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos”. Este último apartado constituye una garantía adicional que otorga una última oportunidad para el condenado de que su situación sea reconsiderada, y por esta razón la Corte IDH ha establecido que las peticiones individuales de clemencia deben ejercerse mediante procedimientos imparciales y adecuados, de conformidad con los artículos 4.6 y 8 de la Convención Americana²¹⁶.

Con relación a este último apartado, explica García Ramírez que es importante recordar que el indulto, la amnistía y la conmutación han de ser interpretados conforme al empleo corriente de sus términos – es decir, conforme a su naturaleza como instituciones jurídicas independientes – y deben resultar eficaces para el solicitante o beneficiario, en el sentido de que puedan ser concedidos en todos los casos, sin obstáculos que priven al peticionario del beneficio²¹⁷. En este sentido, en el caso *Hilaire* la Corte IDH estableció que las peticiones individuales de clemencia deben ser realizadas a través de procedimientos justos y adecuados de conformidad con el artículo 4.6 de la Convención Americana, con relación a las disposiciones relevantes relacionadas con las garantías judiciales y el debido proceso reconocidas en el artículo 8. En otras palabras, este derecho no sólo se refiere al deber de emitir una resolución formal sobre solicitudes de clemencia, sino de la substanciación de la petición de conformidad con las reglas del debido proceso.

216 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas... párr. 186.

217 García Ramírez, Sergio, “La pena de muerte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana”... pág. 1070.

Adicionalmente, considerando la relación entre el artículo 4 y el 8, la Corte IDH determinó que “el artículo 4.6 leído en conjunto con los artículos 8 y 1.1 [...] pone al Estado frente a la obligación de garantizar que este derecho pueda ser ejercido por el condenado a pena de muerte de manera efectiva. Así, el Estado tiene la obligación de implementar un procedimiento de esta índole que se caracterice por ser imparcial y transparente”²¹⁸.

Finalmente, la importancia de la protección al derecho a la vida y la integridad personal en el contexto de la imposición de la pena de muerte ha impactado el otorgamiento de medidas provisionales. Así, por ejemplo, la Corte IDH ha ordenado medidas provisionales ordenando la ejecución de personas condenadas a la pena de muerte en los casos de Tyrone Dacosta (Barbados), Boyce y Joseph (Barbados), James y otros (Trinidad y Tobago), entre otros.

A manera de conclusión

A más de un cuarto de siglo en su actividad contenciosa, la Corte IDH ha venido forjando, caso a caso, una rica jurisprudencia aplicable a la justicia penal que representa la mayoría de los casos resueltos a lo largo de su historia. Las principales líneas jurisprudenciales en esta materia se relacionan íntimamente con los derechos y valores más preciados para el ser humano, como la vida, la libertad, la integridad personal, el acceso a la justicia, el debido proceso, la protección judicial, el derecho a la verdad y la reparación. Ya lo decía Thomas Buergenthal, ex presidente del Tribunal Interamericano y uno de los primeros comentaristas de la Convención Americana, que los aspectos que encierra esta

218 Cfr. Corte IDH, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago*, fondo, reparaciones y costas... párr. 188.

materia sería el “área en que el Pacto de San José de Costa Rica habría de tener mayor incidencia sobre la organización judicial de los Estados partes”²¹⁹.

Es importante recordar que la jurisprudencia interamericana es un aporte fundamental para la labor de las autoridades nacionales en la protección de los derechos humanos de conformidad con los instrumentos internacionales, en tanto permite un estándar interpretativo que posibilita garantizar una efectividad mínima de la Convención Americana, pudiendo, en todo caso, ampliarse en el ámbito interno. En este sentido, incluso “en aquellas situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos” están obligadas por el tratado “y, según corresponda, [por] los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”²²⁰. De ahí la importancia del estudio de la jurisprudencia interamericana y su aplicación en la actualidad, especialmente por la aparente tensión que existe entre seguridad pública, derecho penal y derechos humanos²²¹.

219 Según lo ha recordado, Méndez, Juan E., “Justicia penal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en: García Ramírez, Sergio (coord.), *Derecho Penal, Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, I Derecho Penal*, Serie Doctrina Jurídica Núm. 258, México, IJ-UNAM, 2005, págs. 440-441.

220 Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, párr. 69.

221 Aquí cobran importancia las reflexiones y advertencia de García Ramírez: “el deber que tienen los Estados de proteger a todas las personas y sancionar a los responsables de delitos [...] que no solo comportan una lesión a los individuos, sino también al conjunto de la sociedad, y merecen el más enérgico rechazo. Sin embargo, la lucha de los Estados contra el crimen debe desarrollarse dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar

En todo caso, la Corte IDH no es una cuarta instancia o un tribunal penal – no lo ha sido, no lo es y seguramente nunca lo será –; se trata de un tribunal internacional regional de derechos humanos, cuya función es la interpretación y aplicación de la Convención Americana y, en general, del *corpus iuris* interamericano. Nunca ha pretendido sustituir a las autoridades nacionales, ni declarar culpables o inocentes. Como bien lo estableció el Tribunal Interamericano en la primera sentencia de fondo hace más de veinticinco años – y lo sigue reiterando hasta la actualidad –, “la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal”, debido a que los Estados no comparecen ante la Corte IDH como sujetos de acción penal. De esta manera, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos “no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones”²²².

Lo anterior ha venido de manera progresiva generando un auténtico “control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales” de respeto y garantía de los derechos humanos “conjuntamente entre las autoridades internacionales y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí”²²³, lo que va generando la creación de un auténtico *ius constitutionale commune* en materia de derechos

tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos de quienes se hallen sometidos a su jurisdicción”. Cfr. García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos...* 459, refiriéndose a su opinión concurrente en el caso Fermín Ramírez.

222 Cfr. Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, fondo... párr. 134.

223 Cfr. Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, supervisión de cumplimiento de sentencia... párr. 71.

humanos²²⁴. Siempre debe considerarse, sin embargo, que la verdadera protección de los derechos fundamentales se encuentra esencialmente en el ámbito interno, y es ahí donde el futuro del Sistema Interamericano de Protección De Derechos Humanos realmente se encuentra, especialmente en la realización de los valores y bienes jurídicos preciados que se encuentran en juego en la justicia penal.

224 Von Bogdandy, Armin, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer MacGregor (coords.), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina*. Porrúa-UNAM-Max Planck Institute for Comparative Public Law and Internacional Law, México, 2013.

El proceso de reformas recientes al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

*Felipe González Morales**

Introducción

A partir del año 2011 se produjo un intenso debate acerca de potenciales reformas al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), con especial referencia a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión, CIDH), incluyendo la revisión de sus principales funciones y de los alcances y regulación de estas, al punto de que algunas de las propuestas significarían un replanteamiento completo del papel de la CIDH. El debate surgió desde los órganos políticos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), extendiéndose posteriormente a la propia Comisión, a la sociedad civil y al interior de los Estados. El procedimiento a seguir para nombrar a un nuevo Secretario Ejecutivo de la CIDH, así como las medidas cautelares adoptadas por esta con relación a la represa de Bello Monte (Brasil) y de los periodistas del diario “El Universo”

* Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Diego Portales; Comisionado y ex Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Las opiniones expresadas en este artículo son formuladas a título personal y no representan a las mencionadas instituciones.

(Ecuador), fueron elementos determinantes en el origen y características del debate¹.

En realidad, la discusión sobre reformas al SIDH no es nueva, aunque su intensidad y el protagonismo desempeñado en ella por

-
- 1 Entre los documentos más relevantes al respecto se cuentan los siguientes: *Informe del grupo de trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para la consideración del Consejo Permanente* (adoptado por el Grupo de Trabajo en su reunión del 13 de diciembre de 2011) GT/SIDH 13/11, rev. 2; *Grupo de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el marco de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Estatuto, con miras a lograr el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Informe del 25 de enero de 2012, CP/doc.4675/12; *Documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del Sistema Interamericano Para la Protección de los Derechos Humanos*, 8 de abril 2012; *Seguimiento de las Recomendaciones del Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos*, 5 de junio de 2012, AG/RES. 2761 (XLII-O/12); *Respuesta de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos respecto de las recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo Especial de Reflexión sobre el Funcionamiento de la CIDH para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 23 de octubre 2012; *Propuesta de Proyecto de Resolución para el Período Extraordinario de sesiones de la Asamblea General y anexo: Medidas para la Aplicación de las Recomendaciones contenidas en el Informe del Grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, CP/doc.4813/12.rev., 16 de enero 2013; CIDH, Resolución 1/2013, *Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas*, 18 de marzo de 2013; *Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13), corr.1, 24 marzo 2013. Las presentaciones realizadas por los Estados y las organizaciones de la sociedad civil ante el Consejo Permanente y su Grupo de Trabajo pueden consultarse en: <<http://www.oas.org/consejo/sp/grupostrabajo/Reflexion%20sobre%20Fortalecimiento.asp>>, a septiembre de 2014.

los órganos políticos de la OEA poseen escasos precedentes. No es nueva porque ella ha sido recurrente a lo largo de la historia del Sistema. Se trata de un sistema que ha estado en permanentes transformaciones desde sus inicios, pero en las cuales la propia Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) han desempeñado un papel central.

No obstante lo antes expuesto, también ha habido otros momentos en que en los órganos políticos se han hecho propuestas de una reformulación completa del rol de la CIDH, la más reciente de ellas en los años noventa del siglo pasado, cuando, encabezados por Perú – entonces bajo la presidencia de Alberto Fujimori –, un conjunto de Estados respaldó esos planteamientos. Sin embargo, tales iniciativas no llegaron a concretarse y fue la propia Comisión la que llevó a cabo un conjunto de reformas mediante la adopción de un nuevo Reglamento en 2000, que entró en vigor en 2001.

Como nunca antes, en el proceso de reformas reciente hubo reiterados intentos de parte de algunos Estados por llevar a cabo ellos mismos las transformaciones, ya fuera a través de la reforma del Estatuto de la Comisión o incluso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención Americana, CADH). Finalmente, esas iniciativas no llegaron a ser emprendidas y fue la propia Comisión la que en marzo de 2013, luego de un amplio diálogo con los Estados y la sociedad civil, adoptó un conjunto de reformas a su Reglamento, así como oficializó una serie de transformaciones en sus políticas y de prácticas². La Asamblea General Extraordinaria de la OEA, que se efectuó en Washington D.C. el 22 de marzo de 2013, tomó nota de las modificaciones llevadas a cabo por la CIDH, le

2 CIDH, Resolución 1/2013, *Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas*, 18 de marzo de 2013.

solicitó que continúe en su implementación y no llevó a cabo ninguna reforma por sí misma³.

Caracterización general del Sistema Interamericano con especial referencia a la Comisión

El SIDH está compuesto por dos órganos: la Corte IDH y la CIDH. La Corte IDH posee funciones más acotadas que la Comisión, consistentes en el conocimiento y decisión de casos contenciosos y de medidas provisionales urgentes en sede judicial y en la emisión de opiniones consultivas. La Comisión, por su parte, dispone de un amplio abanico de funciones, caracterizadas en los artículos 41 y siguientes de la CADH. Éstas incluyen el conocimiento y decisión de denuncias en casos específicos en carácter de órganos semijudiciales, la adopción de medidas cautelares urgentes, la realización de visitas a los países, el monitoreo de la situación de derechos humanos en los Estados de la OEA, el trabajo temático (en especial mediante relatorías y unidades) y las labores de promoción. Ambos órganos se encuentran compuestos por personas que desempeñan sus cargos en sus capacidades individuales, sin representar a los países de los cuales son nacionales.

A su turno, los órganos políticos de la OEA son el Consejo Permanente y la Asamblea General. Es importante anotar que estos organismos retienen para sí ciertas atribuciones en materia de derechos humanos que en otros sistemas desempeñan instituciones especializadas en la materia (como el Consejo de Derechos Humanos de la ONU o la antigua Comisión de Derechos

3 CIDH, *Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013.

Humanos de dicha organización). Así, son los órganos políticos de la OEA los que preparan y adoptan tratados y declaraciones sobre derechos humanos, eligen a los comisionados y jueces, deciden acerca del presupuesto de la Corte IDH y la CIDH y poseen funciones de seguimiento respecto de la implementación de las sentencias de la Corte IDH, entre otras funciones. El que retengan estas funciones se debe a que, a diferencia de lo que ocurre en el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en la CIDH los Estados no poseen representación, por lo que procuran ejercer una serie de poderes a través del Consejo Permanente y la Asamblea general de la OEA.

Una anomalía importante del SIDH la constituye el que los Estados de la OEA posean muy distintos grados de compromiso jurídico con el mismo. Es lo que se ha denominado la falta de “universalidad” del Sistema Interamericano. Los mencionados grados van desde aquellos Estados que no han ratificado la CADH ni otros tratados de derechos humanos del Sistema, hasta aquellos otros que han ratificado todos o muchos de ellos y han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH. De cualquier modo, en todas las hipótesis la Comisión posee competencia, ya que cuando un Estado no ha ratificado la Convención Americana, la CIDH tiene no obstante competencia conforme a la Carta de la OEA (utilizando la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre como estándar). La situación, en cambio, difiere notablemente en lo que se refiere a la Corte IDH, ya que para que ésta pueda ejercer su función contenciosa, se requiere de un reconocimiento explícito de parte de cada Estado. Como expondremos, parte de las tensiones producidas durante el actual proceso de discusión de reformas al SIDH ha tenido que ver con esa asimetría en cuanto al nivel de obligaciones de los diferentes Estados de la OEA.

Tal como sucede en los demás sistemas internacionales de protección y promoción de los derechos humanos, en el SIDH sus instrumentos (respecto de la Comisión, la Carta de la OEA y la Convención Americana, y este último tratado en lo que se refiere a la Corte IDH) sólo regulan de manera general el funcionamiento de los órganos especializados que lo componen. Esto implica que son los reglamentos que se dan la propia Corte IDH y la Comisión los que detallan de manera más exhaustiva su quehacer. Lo propio ha sucedido en el Sistema Europeo de Derechos Humanos. Una vez adoptados los principales instrumentos de derechos humanos de la OEA, la evolución del Sistema en la materia ha tenido lugar fundamentalmente a través de las transformaciones en las prácticas así como en las sucesivas reformas reglamentarias emprendidas por la Corte IDH y la Comisión.

Descripción general del debate y propuestas

Como comentábamos en el apartado anterior, han sido los propios órganos especializados en derechos humanos del SIDH los que históricamente han implementado las sucesivas reformas que han tenido lugar en él. Por ello, el hecho de que en el reciente proceso de debate sobre las reformas se haya puesto tanto énfasis por algunos Estados en ser ellos mismos quienes lleven a cabo las reformas implica un enfoque diferente al histórico. En este sentido, algunos de ellos plantearon la necesidad de reformar el Estatuto de la Comisión, e incluso la CADH. Con ello se corría el riesgo de que las reformas se adoptasen sobre la base de criterios políticos o de conveniencia para ciertos Estados. Precisamente para evitar esto es que históricamente han sido la Corte IDH y la Comisión las que han adoptado las reformas.

Es importante enfatizar que previo al reciente debate sobre reformas, la situación del SIDH y de la Comisión, en particular, no eran en absoluto de inercia o de falta de iniciativas de transformaciones. Como hemos mencionado, la CIDH se había dado un nuevo Reglamento a fines de 2009 y la Corte IDH había hecho lo mismo a principios de 2010. Luego de ello, durante el 2010, la Comisión elaboró un Plan Estratégico⁴ para el período 2011-2015, el que fue publicado y sometido a un análisis con los Estados en una reunión especial sostenida a tal efecto en Ottawa, en marzo de 2011.

En el Plan Estratégico, la Comisión revisa sus principales funciones, resaltando la importancia de obtener recursos financieros significativamente superiores a objeto de poder cumplirlas a cabalidad. Al presentar el Plan, la CIDH destacó la necesidad de que en lo sucesivo, las contribuciones financieras fueran de carácter institucional (precisamente para el financiamiento de sus funciones) y sólo excepcionalmente dirigidas a proyectos específicos. El Plan desarrolla de manera detallada las formas de fortalecer el trabajo de la Comisión en una serie de ámbitos, poniéndose en diversos escenarios de efectividad del mismo dependiendo del nivel de financiamiento que se obtuviese.

Si bien el Plan Estratégico ha servido en alguna medida para que los aportes de recursos financieros a la CIDH hayan ido adquiriendo un carácter institucional, sus efectos han sido limitados, ya que a poco andar el debate en la OEA sobre la Comisión se embarcó por otros derroteros.

A continuación se revisan los principales temas del debate sobre las reformas.

4 CIDH, *Plan Estratégico 2011-2015*, Washington, D.C., 2011.

Monitoreo de países

Uno de los temas que ha sido objeto de mayor debate es la función de monitoreo por parte de la Comisión, de la situación de los derechos humanos de los países que componen la OEA. Se plantea en este sentido, que la CIDH continúa desarrollando esta labor a la manera como lo hiciera en la época de las dictaduras, que su enfoque es discriminatorio y que existen serios déficit en los criterios y metodología empleados.

La Comisión ha preparado y publicado informes sobre países desde que iniciara sus actividades hace más de 50 años. De hecho, puede afirmarse que durante sus tres primeras décadas de funcionamiento esta fue la principal labor llevada a cabo por dicho organismo. En un contexto en el que abundaban las violaciones graves, masivas y sistemáticas a los derechos humanos y en el que los Estados escasamente participaban en el litigio de casos (lo usual era que simplemente evitaran responder las denuncias que les transmitía la CIDH), el panorama de conjunto que proporcionaban los informes sobre países resultaba insustituible. Los casos representaban situaciones acotadas, no podían (salvo contadas excepciones a partir de los años ochenta) ser llevados a la Corte IDH y en general, carecían de un impacto de importancia, sin llegar a constituirse como casos testigo o de carácter paradigmático. En ese contexto, y sobre la base de visitas *in loco* (cuando los Estados las permitían), la Comisión elaboró numerosos informes sobre países, muchos de los cuales tuvieron un impacto relevante. A ello contribuyó tanto la rápida visibilidad pública que adquirió el trabajo de la CIDH como, más tarde (especialmente en los años ochenta), el respaldo de los órganos políticos de la OEA a tales informes.

Durante algo más de quince años, la Comisión publicó los informes sobre países únicamente como volúmenes especiales y

no como parte de su Informe Anual. A partir de 1977, sin perjuicio de continuar con la práctica de publicar volúmenes especiales, comienza a incorporar informes más breves en su Informe Anual. De esta manera le era posible dar un seguimiento más constante a la situación de los derechos humanos en los países que así lo ameritaban. La Comisión no señalaba el o los criterios conforme a los cuales determinaba la inclusión de un informe de país en el Informe Anual, pero se entendía que se trataba de Estados que presentaban cuadros de violaciones graves, masivas y sistemáticas. Al cabo de unos años se establece la práctica de que sea el capítulo IV del Informe Anual el que contenga los mencionados informes.

Junto con los procesos de transición a la democracia en numerosos Estados de la OEA, en los años noventa cobraron fuerza ante los órganos políticos las críticas a los informes sobre países de la Comisión. Se señalaba que los informes eran propios de la época de las dictaduras, que la CIDH debía descontinuarlos y que en el nuevo contexto ésta debía dar prioridad a las labores de promoción. Hay que anotar que siempre hubo críticas de los Estados que eran objeto de informes, pero a diferencia de lo que ocurría en el pasado, ya no había un conjunto de países que defendiera con vigor esta función de la CIDH, sino que la mayoría comenzó a adoptar una actitud pasiva frente a las críticas. Aunque hubo intentos de parte de algunos Estados por adoptar ellos mismos la decisión de dar por concluida o limitar seriamente esta función de la Comisión, fue ésta misma la que emprendió algunas reformas. En particular, a partir de 1997 ella explicita los criterios conforme a los cuales decide incluir a un Estado en el capítulo IV de su Informe Anual. Además, la CIDH estableció como una práctica constante (antes sólo lo había hecho ocasionalmente) el dar traslado al Estado respectivo de un borrador completo del informe, para luego hacerse cargo de las principales observaciones en la versión definitiva del informe.

Esta práctica fue posteriormente recogida en el Reglamento de la Comisión.

En 2012, y ya en el contexto del debate sobre las reformas del SIDH, la Comisión reestableció una práctica que en el pasado había utilizado de manera intermitente y que abandonó por completo en los años noventa: la de no incluir en el capítulo IV de su Informe Anual a aquellos Estados respecto de los cuales hubiera efectuado un informe especial, es decir, publicado como un volumen separado, con la condición de que el Estado respectivo hubiese permitido una visita *in loco* (esto es, del conjunto de la Comisión) a su territorio para la elaboración del informe. Colombia hizo uso de esta práctica; la CIDH efectuó una visita *in loco* a fines de 2012 y el informe especial sobre la situación de los derechos humanos en dicho país implicó su no inclusión en el capítulo IV. Esta práctica fue recogida en las reformas reglamentarias de marzo de 2013⁵.

La reforma al Reglamento modifica el capítulo IV del Informe Anual, el cual tendrá en lo sucesivo dos secciones: una primera que proveerá una visión de conjunto de la situación de los derechos humanos en los Estados de la OEA y una segunda en que se mantienen los informes sobre países específicos. De este modo se satisface un doble objetivo: proporcionar un análisis general y resaltar la situación de los Estados cuyas condiciones en la materia son las más graves.

Respecto de la primera de dichas secciones, la reforma introducida al Reglamento señala que se destacarán “las principales tendencias, problemas, desafíos, avances y buenas prácticas respecto tanto de los derechos civiles y políticos como de los derechos económicos, sociales y culturales”⁶.

5 Art.59.8 del Reglamento reformado de la CIDH.

6 Artículo 59.2.e) i) reformado (en lo sucesivo, cuando se haga referencia a disposiciones reformadas se entenderá que se trata del Reglamento de la CIDH).

El Reglamento también recoge una modificación de los criterios para incluir a un Estado en el capítulo IV. Si bien los criterios se asemejan a los antiguos, ellos pretenden ser más concretos. Así, conforme a la reforma reglamentaria se establece que ellos serán los siguientes:

- a) Una violación grave de los elementos fundamentales y las instituciones de la democracia representativa previstos en la Carta Democrática Interamericana, que son medios esenciales para la realización de los derechos humanos, entre ellos:
 - i) si hubiera acceso discriminatorio o un ejercicio abusivo del poder que socave o contraríe el Estado de Derecho, tales como la infracción sistemática de la independencia del Poder Judicial o la falta de subordinación de las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida;
 - ii) si se hubiera producido una alteración del orden constitucional que afecte gravemente el orden democrático; o
 - iii) cuando un gobierno democráticamente constituido fuera derrocado por la fuerza o el gobierno actual haya llegado al poder por otros medios distintos a las elecciones libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto, de conformidad con las normas internacionalmente aceptadas y los principios recogidos en la Carta Democrática Interamericana.
- b) La suspensión ilegítima, total o parcial, del libre ejercicio de los derechos garantizados en la Declaración Americana o la Convención Americana, en razón de la imposición de medidas excepcionales tales como la

declaratoria de un estado de emergencia, de un estado de sitio, la suspensión de garantías constitucionales, o medidas excepcionales de seguridad.

c) La comisión, por parte de un Estado, de violaciones masivas, graves y sistemáticas de los derechos humanos garantizados en la Declaración Americana, la Convención Americana, o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables.

d) La presencia de otras situaciones estructurales que afecten seria y gravemente el goce y disfrute de los derechos fundamentales consagrados en la Declaración Americana, la Convención Americana o los demás instrumentos de derechos humanos aplicables. Entre otros factores a ponderar, estarán los siguientes:

- i. graves crisis institucionales que infrinjan el disfrute de derechos humanos;
- ii. incumplimiento sistemático del Estado con su obligación de combatir la impunidad, atribuible a una falta de voluntad manifiesta;
- iii. omisiones graves en la adopción de disposiciones necesarias para hacer efectivos los derechos fundamentales o para cumplir las decisiones de la Comisión y la Corte Interamericana; y
- iv. violaciones sistemáticas de derechos humanos atribuibles al Estado en el marco de un conflicto armado interno⁷.

7 Art.59.6 reformado.

Además, las reformas al Reglamento incluyeron una serie de elementos metodológicos para la elaboración de los informes sobre países. Anteriormente el Reglamento de la Comisión no abordaba tales aspectos. La reforma reglamentaria regula esta materia en los siguientes términos:

La Comisión utilizará información confiable y convincente obtenida de las siguientes fuentes:

- a) actos oficiales del Estado, en todos los niveles y en cualquiera de sus ramas, incluyendo enmiendas constitucionales, legislación, decretos, decisiones judiciales, pronunciamientos de política, comunicaciones oficiales a la Comisión y a otros órganos de derechos humanos, así como cualquier otro pronunciamiento o acción atribuible al Estado;
- b) información disponible en los casos, peticiones y medidas cautelares y provisionales en el Sistema Interamericano, así como información sobre el cumplimiento por parte del Estado de las recomendaciones de la Comisión y sentencias de la Corte Interamericana;
- c) información obtenida en visitas in loco de la Comisión Interamericana, sus Relatores, y sus funcionarios;
- d) información obtenida mediante audiencias públicas celebradas por la Comisión Interamericana durante sus sesiones;
- e) conclusiones de otros órganos internacionales de derechos humanos, incluyendo los órganos de tratados, Relatores, grupos de trabajo, el Consejo de Derechos Humanos y otros órganos y agencias especializadas de la Organización de las Naciones Unidas;

- f) informes de derechos humanos de gobiernos y de órganos regionales;
- g) informes de organizaciones de la sociedad civil e información presentada por éstas y por particulares; e
- h) información pública ampliamente diseminada en los medios de comunicación⁸.

La mantención del capítulo IV por parte de la Comisión y en general la publicación de informes sobre países, obedece a que ésta le asigna un rol significativo, independientemente de que ellos se encuentren o no regidos por regímenes dictatoriales. Cuando se está frente a cuadros de graves violaciones el sistema de casos por sí solo resulta insuficiente. En este sentido, el perfeccionamiento de los criterios para incluir a un país debiera contribuir a proporcionar mayor fortaleza a las labores de monitoreo de la CIDH. Aunque la inclusión o no de un Estado en el capítulo IV incluya necesariamente un elemento de ponderación, cabe resaltar el que sea un órgano compuesto por personas que actúan en sus capacidades individuales el que adopte tal decisión, y no un organismo integrado por Estados.

Medidas cautelares

Como ya señaláramos, dos medidas cautelares adoptadas por la Comisión fueron relevantes en el origen y desarrollo del debate sobre las reformas al interior de los órganos políticos de la OEA: la de Bello Monte (Brasil) y la de los periodistas del diario “El Universo” (Ecuador). Curiosamente, ninguno de los dos países se encontraba entre aquellos respecto de los cuales se ha adoptado medidas cautelares con mayor frecuencia, sin

8 Art.59.5 reformado.

perjuicio de que en lo concerniente a Brasil se hubiera adoptado una serie de medidas cautelares – y también de medidas provisionales por la Corte IDH – en materia carcelaria. No obstante, ellas no habían generado conflictos entre los órganos del SIDH y las autoridades estatales.

Es relevante apuntar lo anterior, ya que el mecanismo de medidas cautelares había venido consolidándose, tanto en la práctica como a través de una regulación mucho más detallada mediante el Reglamento de la Comisión de 2009. Así, la facultad de la Comisión para adoptarlas parecía fuera de toda discusión, ya que la propia Asamblea General de la OEA, a través de una serie de resoluciones aprobadas desde 2005, hacía llamados a los Estados a acatar dichas medidas. Por otra parte, el grado de cumplimiento de las medidas cautelares se había incrementado, al punto de llegar a ser superior al de los informes de fondo de la Comisión bajo el sistema de casos. Contribuía a ello la creciente visibilidad pública al interior de los países de tales medidas, así como el hecho de que la casi totalidad de aquellos Estados respecto de los cuales se emitían medidas cautelares, con mayor frecuencia hubiesen creado mecanismos especiales para la implementación de las mismas.

Las reformas incorporadas por la Comisión en materia de medidas cautelares en su Reglamento de 2009 recogieron una serie de recomendaciones formuladas por los Estados en el debate que las precedió, así como hizo lo mismo con otras propuestas, planteadas por la sociedad civil. Es importante tener este punto en consideración, de manera de formarse una impresión de conjunto sobre la materia, en especial sobre el hecho de que las medidas cautelares se hayan en evolución desde antes del actual proceso de reformas. Por ejemplo, en 2009 se estableció que para su otorgamiento la CIDH tendrá en cuenta, entre otros aspectos, si se ha denunciado previamente la situación de riesgo

ante las autoridades o, en su caso, por qué no se ha hecho; se indicó que, como regla general, la Comisión pedirá al Estado información relevante previo a su pronunciamiento; se señaló que la Comisión revisará periódicamente la mantención o no de la vigencia de las medidas; se estableció que el Estado podrá presentar en cualquier momento una solicitud para que la Comisión deje sin efecto las medidas; etc.

El debate sobre las actuales reformas en los órganos políticos de la OEA estuvo marcado en un principio, por algunos cuestionamientos acerca de la competencia de la Comisión para adoptar medidas cautelares, así como acerca de la obligatoriedad o no de ellas, aspectos que parecían superados en la discusión en la OEA. Respecto de la competencia de la CIDH al respecto, aunque tales medidas no aparecen consagradas en forma expresa en la Convención Americana (lo fueron más tarde en la Convención Interamericana sobre Desapariciones Forzadas), lo cierto es que ellas se derivan de los amplios poderes conferidos a la Comisión por la CADH y otros instrumentos. Se trata, por lo demás, de una competencia que numerosos organismos equivalentes de otros sistemas internacionales, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura y otros órganos de la ONU, entre muchos otros, han asumido también como parte de sus competencias, a pesar de que no hubiese consagración a nivel de un tratado⁹.

Las reformas reglamentarias de 2013 incluyen una serie de modificaciones en materia de medidas cautelares. Varias de ellas se centran en proporcionar una mayor claridad acerca de los fundamentos para las decisiones de otorgamiento, ampliación, modificación y levantamiento de medidas cautelares. Así, se

9 Véase, González Morales, Felipe, “Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano”, en: *SUR Revista Internacional de Derechos Humanos*, Vol. 7 No.13, diciembre 2010, págs. 50-73.

establece explícitamente que, en lo sucesivo, dichas decisiones deberán ser fundadas, y se incluirán, entre otros aspectos, “las consideraciones de la Comisión sobre los requisitos de urgencia, gravedad e irreparabilidad”¹⁰.

Complementariamente, y recogiendo la práctica de la Comisión, el Reglamento reformado define ahora en qué consisten esos tres elementos. Por urgencia de la situación (planteada en la solicitud de medida cautelar) se entiende que “el riesgo o la amenaza sean inminentes y puedan materializarse, requiriendo de esa manera acción preventiva o tutelar”; el daño irreparable implica “la afectación sobre derechos que, por su propia naturaleza, no son susceptibles de reparación, restauración o adecuada indemnización”; y por gravedad de la situación, se entiende “el serio impacto que una acción u omisión puede tener sobre un derecho protegido o sobre el efecto eventual de una decisión pendiente en un caso o petición ante los órganos del Sistema Interamericano”¹¹.

Sistema de casos

Respecto del sistema de casos en la Comisión, uno de los énfasis en el debate sobre las reformas ha estado centrado en las soluciones amistosas. Se trata de una herramienta contemplada en la CADH que ofrece importantes ventajas desde el punto de vista de la economía procesal y de su eficacia. Si bien el mecanismo de la solución amistosa ha venido siendo empleado de manera regular en los últimos 20 años, lo cierto es que su alcance continúa siendo limitado. En proporción al volumen de casos ante la Comisión, el porcentaje de ellos en los que

10 Art.25.7 reformado.

11 Art.25.2 reformado.

se arriba a un acuerdo amistoso es muy bajo. En ello incide la práctica de los Estados (incluyendo en ocasiones su legislación interna, que establece importantes limitaciones a la decisión del Poder Ejecutivo al respecto) y de los peticionarios, así como el nivel de dedicación de la Comisión. En el Plan Estratégico de la CIDH para el período 2011-2015 se subrayaba la necesidad de ser dotada de mayores recursos para fortalecer este mecanismo.

En uno de los apartados sobre prácticas institucionales de la Resolución 1/2013 de la Comisión, se contempla la puesta a disposición de la misma para los efectos de buscar una solución amistosa al inicio del trámite de cada petición. Aunque el Pacto de San José de Costa Rica (CADH) se refiere para este efecto a la etapa de fondo, resulta adecuado para facilitarla el abrir formalmente tal posibilidad desde un comienzo. Esta práctica en realidad se viene implementando desde mayo de 2012 y se recoge ahora oficialmente en el mencionado documento.

Además, en el documento en referencia se recoge y fortalece la práctica – hasta ahora habitual, pero no oficializada ni aplicada siempre – de que “las visitas de trabajo incluyan reuniones con representantes de los Estados y peticionarios/as, en aquellos casos en que las partes hayan manifestado interés en iniciar un procedimiento de solución amistosa”¹².

Otro aspecto referido al sistema de casos expone el tratamiento de aquellas situaciones en las que se fusionan las decisiones sobre admisibilidad y fondo en un solo informe. La Comisión ha establecido desde hace más de quince años como regla general, la separación de ambas etapas, pero ha mantenido la posibilidad de unir las en determinadas circunstancias. En la reforma reglamentaria de 2013 se establece que en tales situaciones, la resolución de la CIDH deberá ser fundada¹³.

12 CIDH, Resolución 1/2013, *Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas...* VI.

13 Art.36.3, reformado.

En las modificaciones reglamentarias se incluyen asimismo, varias referidas a la etapa de cumplimiento del Informe de Fondo de la Comisión. Desde los años noventa, la CIDH adoptó como práctica – refrendada por la Corte IDH – conceder prórrogas a los Estados para implementar sus recomendaciones contenidas en tales informes, sujetas a la condición de que el Estado renuncie expresamente a interponer una excepción preliminar de caducidad del plazo (establecido en la Convención Americana) para presentar el caso ante el tribunal. Esta práctica se recogió en el Reglamento de 2009 y es regulada con mayor detalle en las reformas recientes¹⁴.

Sobre este particular, se señala que la existencia de normas internas que establezcan un mecanismo de cumplimiento de las recomendaciones será un factor a considerar para la concesión de prórrogas – de manera de estimular su promulgación por los Estados, contribuyendo a la eficacia de las resoluciones de órganos internacionales. También se establecen entre los factores a tener en cuenta “la complejidad del asunto y de las medidas necesarias para cumplir con las recomendaciones de la Comisión, en particular cuando impliquen el involucramiento de diferentes ramas del Poder Público, o la coordinación entre gobiernos centrales y regionales”, “las medidas adoptadas por el Estado para el cumplimiento de las recomendaciones con anterioridad a la solicitud de extensión del plazo” y el punto de vista del peticionario¹⁵.

14 Art.46, reformado.

15 Art.46.2 reformado.

Universalización

Uno de los tópicos recurrentes en los últimos años en el debate sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA ha sido la cuestión de la falta de “universalidad” del SIDH, esto es, el hecho de que un conjunto de Estados de la OEA no han ratificado ninguno o casi ninguno de sus tratados en la materia. Se trata de Estados Unidos, Canadá y la mayoría de los países del CARICOM (Caribe angloparlante).

A pesar de que por el solo hecho de ingresar a la OEA se aplica a un Estado la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y adquiere competencia a su respecto la CIDH, es evidente que se alcanza un estatus pleno sólo una vez que se ratifica la Convención Americana. De allí que en el contexto del SIDH se hable de una falta de universalidad del mismo para referirse a la mencionada carencia. Se trata de una carencia que ha sido reconocida en todos los niveles de la OEA.

En el caso de Canadá, su incorporación a la OEA se produjo en 1990. Desde entonces, este país ha desempeñado un papel importante en lo que se refiere al fortalecimiento, contribuyendo a generar una discusión más abierta y transparente, a favorecer la participación de la sociedad civil y, en general, a apoyar la labor que llevan a cabo los órganos de derechos humanos de la OEA¹⁶. Sin embargo, el hecho de haber transcurrido más de 20 años desde su ingreso a dicha organización sin haber ratificado la Convención Americana representa una limitación al impacto que Canadá pueda producir en este ámbito. Cabe mencionar que desde la Comisión se han llevado a cabo algunas iniciativas para promover la ratificación canadiense, sin que ellas hayan dado

16 Consúltese, Cooper, Andrew, y Thomas Legler, *Intervention Without Intervening?: The OAS Defense and Promotion of Democracy in the Americas*. Palgrave MacMillan, Nueva York, 2006, especialmente págs. 9 y 36-37.

resultados hasta la fecha. Así, por ejemplo, en abril de 2008 con miras a este objetivo visitó Canadá una delegación integrada por el entonces Presidente del Consejo Permanente de la OEA, el Comisionado Relator sobre Canadá de la CIDH y el Secretario Ejecutivo de ésta.

Respecto de Estados Unidos, la ratificación de la Convención Americana se encuentra pendiente en el Senado desde 1977, sin visos de cambio por el momento. Cabe señalar que cuando dicho país se ve enfrentado a denuncias ante la CIDH bajo la Declaración Americana, participa en el litigio del caso, pero en el evento de obtener una decisión negativa no la acata, indicando que la mencionada Declaración no crea obligaciones jurídicas. Algo similar ocurre acerca de las solicitudes de medidas cautelares. En algunas situaciones – en particular en materia de derechos de los migrantes –, sin embargo, se ha observado una reacción de parte del Estado, pero sin que al hacerlo se haya reconocido expresamente que ello se originara en una resolución de la Comisión.

En lo que se refiere a aquellos países caribeños angloparlantes que no han ratificado la Convención Americana, ello se inscribe dentro de un proceso histórico según el cual la relación recíproca de dichos estados con la OEA en general, y con el SIDH en particular, no ha sido significativa. Como apunta un autor, la OEA, a diferencia de la ONU, no desempeñó un papel relevante en el proceso de descolonización hemisférico, y, por consiguiente, una vez que los Estados caribeños angloparlantes obtuvieron su independencia (lo cual ocurrió entre 1962 y 1983, dependiendo de los países), la OEA no asumió tampoco ese rol¹⁷. De hecho, el

17 Véase, Auro Fraser, “From Forgotten through Friction to the Future: the Evolving Relationship of the Anglophone Caribbean and the Inter-American System of Human Rights”, en: *Revista IIDH* No.43, enero-junio 2006, págs. 207-237, especialmente pág. 211.

grueso de la atención de la CIDH respecto de dichos Estados ha estado centrada en la aplicación de la pena de muerte¹⁸, además de algunas situaciones específicas, como la invasión de Grenada en la década de los ochenta, que llevó a la CIDH a preparar un informe sobre dicho país. Más recientemente, la CIDH efectuó una visita *in loco* a Jamaica y publicó un Informe sobre dicho país¹⁹. En los últimos años, la atención en los Estados caribeños angloparlantes en términos de transformaciones jurídicas de alcance internacional se ha focalizado en la creación de una Corte Caribeña de Justicia (establecida recientemente), con miras a reemplazar al Privy Council británico como última instancia judicial²⁰.

La falta de universalidad del SIDH produce efectos negativos sobre éste. Por una parte, respecto de los Estados que no se han adherido en plenitud a dicho Sistema, este se ve limitado en el impacto susceptible de alcanzar en tales países. Por otra parte, aquellos Estados que sí son parte de la Convención Americana y de otros instrumentos interamericanos suelen referirse a la situación discriminatoria que ello representa, a veces como un pretexto para su propio incumplimiento.

Sobre esta materia, la Resolución sobre reformas adoptada por la CIDH en marzo de 2013 establece que se incluirá en el Plan Estratégico “la promoción de la universalidad de la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos interamericanos en materia de derechos humanos como prioridad institucional y desarrollar un plan de

18 Véase, Tittlemore, Brian, “The Mandatory Death Penalty in the Commonwealth Caribbean and the Inter-American Human Rights System: an Evolution in the Development and Implementation of International Human Rights Protections”, *William & Mary Bill of Rights Journal* Vol.13, 2004, págs. 445-520.

19 CIDH, *Informe sobre la situación de Derechos Humanos en Jamaica*, 2012.

20 *Ibidem*, pág. 209.

acción.”²¹ Esto comprenderá la elaboración de un estudio sobre universalidad, la realización de actividades durante visitas de trabajo y la celebración de una sesión con el Consejo Permanente respecto de este tema.

No obstante, se trata de una materia que difícilmente la CIDH pueda abordar por sí sola y existe, desde luego, un rol muy importante para los órganos políticos de la OEA en tal sentido.

Relatorías temáticas

Desde los años noventa del siglo pasado, la CIDH ha venido estableciendo un conjunto de relatorías temáticas que efectúan tanto labores de protección como de promoción de los derechos humanos. En la actualidad existen ocho relatorías, además de dos unidades de más reciente creación, también de naturaleza temática. Las relatorías versan sobre libertad de expresión, mujeres, personas privadas de libertad, migrantes, niñez, pueblos indígenas, afrodescendientes y defensores(as) de derechos humanos. Las unidades se refieren a personas LGTBI y a derechos económicos, sociales y culturales. Todas las relatorías y unidades están encabezadas por un Comisionado, salvo la de libertad de expresión, que la dirige una persona del *staff* de la CIDH. Esto tiene su origen en el alto perfil del mandato que recibiera la CIDH al respecto, ya que fue dado por la Cumbre de las Américas de 1998. Igualmente, es relevante el hecho de tratarse de un derecho que posee un carácter transversal, es decir, que se relaciona y afecta a los demás derechos humanos.

Los planteamientos de los Estados durante el debate en los órganos políticos se concentraron en un comienzo en la Relatoría

21 CIDH, Resolución 1/2013, *Reforma del Reglamento, Políticas y Prácticas...* I.

para la Libertad de Expresión. Posteriormente, y dada la reacción de otro conjunto de Estados en defensa de dicha relatoría, las propuestas se reformularon, quedando con un carácter más general. Sin embargo, en la práctica dichas propuestas tenían un impacto mayor en la Relatoría sobre Libertad de Expresión, al ser la única que no está dirigida por un Comisionado. En efecto, las propuestas de varios Estados decían relación en lo sustancial con mecanismos de control acerca de las relatorías, en específico en la creación de un código de conducta de las mismas. Cabe subrayar que, en lo que se refiere a las relatorías a cargo de comisionados, ya existe una serie de normas sobre imparcialidad, incompatibilidades y otras materias que regulan su labor, por lo que, en la práctica, los cambios que se han planteado afectarían de manera significativa únicamente a la Relatoría para la Libertad de Expresión. En rigor, desde hace años existen protocolos que regulan el quehacer de la Relatoría sobre Libertad de Expresión, incluyendo su relación con la Comisión y con el resto de la Secretaría Ejecutiva.

Además, se formuló la necesidad de dar un trato equivalente a todas las relatorías. Sin embargo, esta propuesta recibió fuertes críticas, ya que en ningún momento ella fue acompañada de iniciativas para fortalecer la provisión de recursos financieros, por lo que ella sólo podría conducir a un nivelamiento hacia abajo. Como ha hecho ver la CIDH, el problema es más complejo de lo que aparece a simple vista, ya que el acceso a los fondos no es intercambiable, por lo que la disparidad no podría solucionarse mediante la sola reasignación de ellos entre las relatorías. En este sentido, también se quiso prohibir que la CIDH recibiera aportes externos a la OEA con destinación específica, lo cual, en la práctica, haría imposible el trabajo de las relatorías temáticas por falta de recursos financieros.

A los aspectos anteriores cabe agregar que se planteó y fue recogido por la Comisión el que su Informe Anual le diera un tratamiento equivalente a las diferentes relatorías temáticas. Hasta ahora dicho informe realizaba una descripción del trabajo de cada una de ellas e incluía un informe completo de la Relatoría de Libertad de Expresión. De acuerdo a la reforma adoptada, además de mantenerse lo anterior, en lo sucesivo todos los informes publicados por las relatorías temáticas a lo largo del año serán incorporados también al Informe Anual²².

Promoción y protección

Tal como fue la tónica en el período de transiciones a la democracia en los años noventa, en el debate reciente se ha puesto énfasis en la necesidad de que la Comisión fortalezca sus labores de promoción de los derechos humanos, por lo que se señala, que ella debería cambiar sus prioridades históricas al respecto, atendido el nuevo contexto político de los países de la OEA.

Sobre este tema hay que mencionar inicialmente que la dicotomía que en ocasiones se pretende presentar entre promoción y protección de los derechos humanos no es tal en la realidad. Las labores de protección tienen un efecto promocional muy importante, como lo demuestran los numerosos casos paradigmáticos resueltos por el SIDH, cuyo impacto ha alcanzado mucho más allá del Estado específico al que el asunto se refería. Esto ha permitido, por ejemplo, que a través del sistema de casos se hayan posicionado a nivel de muchos Estados de la OEA temas como la confrontación de violaciones masivas y sistemáticas, la violencia contra la mujer o los derechos de los

22 Art.59.3 reformado.

pueblos indígenas, entre muchos otros. Asimismo, las visitas de la Comisión a los países – usualmente referidas en principio a funciones de monitoreo de la situación – le dan visibilidad y difusión al Sistema Interamericano. Lo propio ocurre con los informes temáticos y de países que publica la Comisión. Por lo demás, ya hemos mencionado cómo el trabajo de las relatorías temáticas tiene componentes de protección y de promoción.

El problema se presenta cuando se pretende que la Comisión realice tareas intensivas de educación en derechos humanos, especialmente cuando se la llama a ello sin asignársele recursos financieros adicionales. En el contexto actual esto sólo podría llevarse a cabo en desmedro de las labores de protección.

En rigor, el panorama en materia de educación en derechos humanos es uno muy distinto – y mucho más positivo – que el que existía hasta hace algunos años: numerosas universidades de la región imparten cursos de grado y posgrado en la materia y ella incluso, se ha incorporado en la enseñanza escolar en muchos países. Por cierto que la CIDH tiene contribuciones que efectuar al respecto, pero ello no puede ser en menoscabo de su labor única como órgano interamericano de derechos humanos de acceso directo para las víctimas.

Otros temas

Los temas hasta aquí analizados son aquellos en los cuales se ha puesto mayor énfasis en el debate reciente sobre las reformas en los órganos políticos de la OEA. Existen, sin embargo, otros importantes aspectos a los que, si bien se ha hecho mención en el debate en la OEA, ella ha sido efectuada sólo por algunos Estados o – como ocurre con el tema del financiamiento – solo fueron enfatizados de manera significativa con escasa anticipación a la

Asamblea General Extraordinaria. A continuación, revisamos brevemente algunos de esos temas adicionales, que los propios órganos de derechos humanos del SIDH han resaltado.

Financiamiento

Aunque la Comisión y la Corte IDH pueden continuar mejorando su gestión, para poder dar un salto cualitativo en su trabajo – a la altura de lo que se espera de estos organismos –, resulta indispensable fortalecer sustancialmente su dotación de recursos financieros. En efecto, la labor del SIDH se ve afectada de manera muy importante por la crónica falta de recursos de sus órganos, la cual hace imposible que ellos cumplan a cabalidad los mandatos que les han sido asignados. Ello tiene un impacto especialmente grave en lo concerniente al sistema de casos en la Comisión, ya que la imposibilitan de hacerse cargo de manera expedita del enorme volumen de denuncias que recibe cada año. Incluso en los períodos de mayor apoyo al trabajo de la Comisión y la Corte IDH en las intervenciones de los Estados en los órganos políticos de la OEA, ello no se ha traducido en un incremento relevante de sus contribuciones financieras a dichos órganos. Como mencionáramos, en el transcurso del año 2011 la Comisión sometió a consideración de los Estados Miembros de la OEA un Plan Estratégico para los cinco años siguientes, en el cual se precisa de qué formas y en qué grados se fortalecería el cumplimiento de sus distintos mandatos dependiendo del nivel de recursos financieros de que disponga. Sin embargo, dicho Plan Estratégico no ha ocupado un lugar relevante en los debates sobre la reforma al interior del Consejo Permanente.

La Asamblea General Extraordinaria de la OEA se pronunció sobre la cuestión del financiamiento, resolviendo

Reafirmar su compromiso de lograr el pleno financiamiento del SIDH a través del Fondo Regular de

la Organización de los Estados Americanos (OEA) sin que ello vaya en detrimento del financiamiento para los otros mandatos de la Organización. Mientras se alcanza ese compromiso, invitar a los Estados Miembros, a los Estados Observadores y a otras instituciones a que continúen realizando contribuciones voluntarias en el marco de los Lineamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 2010-2015 y del Plan Estratégico de la CIDH 2011-2015, preferentemente sin fines específicos²³.

Asimismo, en la mencionada Asamblea se dispuso “solicitar al Secretario General que presente al Consejo Permanente a la brevedad posible un análisis detallado y actualizado de los costos del pleno funcionamiento de los órganos del SIDH conforme a la información proporcionada por la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁴.

Implementación

Uno de los principales problemas pendientes se refiere a la insuficiente implementación de las decisiones e informes de los órganos de derechos humanos del SIDH. Aunque el nivel de implementación ha aumentado en el contexto de los procesos de democratización en los Estados de la OEA, éste continúa presentando serias limitaciones. El aspecto más positivo es que, de manera creciente, los Estados van dando cumplimiento a aquellas resoluciones que establecen indemnizaciones para las víctimas, así como diversas formas de reparación simbólica.

23 CIDH, *Resultado del proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA/Ser.P AG/RES.1 (XLIV-E/13) corr.1, 24 marzo 2013, numeral 5.

24 *Ibidem*, numeral 6.

Mucho menos frecuente resulta, en cambio, que implementen otro tipo de medidas, tales como reformas legislativas o de otro carácter. Señalábamos recién que, como tendencia, dichas reformas se han incrementado; sin embargo, ellas suelen tomar mucho tiempo y a menudo no dicen relación con un caso concreto. Por último, el mayor grado de implementación suele hallarse en lo referido a la investigación a fondo y sanción de los perpetradores de violaciones a los derechos humanos. Esto queda de manifiesto al revisar el alto porcentaje de casos a los que la CIDH continúa dando seguimiento mucho después de haber decidido sobre los mismos, así como del importante volumen de casos que la Corte IDH mantiene abiertos después de emitir sentencia.

Un factor relevante al respecto lo constituye la falta de acción de los órganos políticos de la OEA como garantes colectivos del SIDH. Aunque en los últimos años la Asamblea General ha venido aprobando resoluciones en las que llama a los Estados a acatar las resoluciones de la Comisión y la Corte IDH, en los hechos los órganos políticos de la OEA no suelen ir más allá de eso. En este sentido, los órganos políticos de la OEA no se hacen cargo de dar seguimiento a casos específicos o a la situación de incumplimiento reiterado en que un Estado pueda encontrarse frente a la Comisión o a la Corte IDH.

Autonomía de la CIDH

A diferencia de la Corte IDH, la Comisión no posee una consagración plena de su autonomía, y ha sido a través de la práctica que ha ido adquiriéndola a lo largo de los años. Las regulaciones al respecto son de carácter híbrido, puesto que, por una parte, los comisionados son elegidos en sus capacidades individuales y, por otra, el personal de la Comisión depende administrativamente de la Secretaría General de la OEA.

En los últimos 20 años se ha producido un notorio avance al respecto, al haberse desarrollado la práctica de que el Secretario General de la OEA ratifica a las personas seleccionadas por la Comisión (para lo cual ésta emplea habitualmente el mecanismo del concurso público). Esto ha traído consigo un claro fortalecimiento de la experticia del personal de la Comisión. Sin embargo, se trata únicamente de una práctica, que, en la medida que no sea consagrada jurídicamente, se corre el riesgo de que pueda ser revertida. De hecho, como mencionáramos, el origen de la fuerte discusión sobre reformas tuvo como una de sus causas principales el nombramiento del Secretario Ejecutivo de la CIDH.

Conclusión

El SIDH ha experimentado una constante evolución a través de su historia, adaptándose a los diferentes contextos en los que ha operado. Una vez establecidos sus instrumentos básicos, han sido los propios organismos de derechos humanos – la Comisión y la Corte IDH – las que han emprendido las reformas a través de sucesivas modificaciones de sus reglamentos y prácticas. Ello se ha dado en los procesos que han tenido lugar desde hace más de una década, con una amplia participación de los Estados y de la sociedad civil.

El proceso de reformas reciente estuvo marcado por tensiones muy fuertes y en algunos momentos, pareció que serían los propios Estados los que llevarían a cabo las transformaciones. Sin embargo, ello en definitiva no sucedió y fue la Comisión la que, por la vía de reformas a su Reglamento, políticas institucionales y prácticas, abordó una serie de planteamientos de importancia formulados por los Estados y la sociedad civil, manteniéndose

así una tradición que ha contribuido al fortalecimiento del Sistema Interamericano.

Para concluir, es importante resaltar aunque las reformas adoptadas implican una serie de avances, ellas difícilmente acarrearán un salto cualitativo en el funcionamiento del SIDH si no van acompañadas de una provisión de recursos adecuados para que la Comisión y la Corte IDH desarrollen sus tareas.

Elizabeth Odio Benito y Costa Rica son precursoras de la Corte Penal Internacional

*Gonzalo Monge Núñez**

En el nacimiento y la consolidación

A nivel internacional, se reconoce la contribución excepcional y decisiva de la doctora Elizabeth Odio Benito para el fortalecimiento del proyecto para establecer la jurisdicción universal. Especialmente se valora su aporte para que se tipifiquen los crímenes de violencia sexual cometidos contra las víctimas en los conflictos armados, como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad e, incluso, como configurativos del crimen de genocidio. Mediante este impulso, se han ido incorporando estas categorías tanto en la normativa del Derecho Penal Internacional, como paulatinamente en las legislaciones nacionales.

Ese reconocimiento se le hace extensivo al país, pues Costa Rica ha apoyado decididamente, desde sus inicios, el afianzamiento de la Corte Penal Internacional. Lo ha hecho de diversas maneras, promoviendo el Tribunal, instando a la ratificación universal de su estatuto y llamando a la cooperación de los Estados y de los órganos de las Naciones Unidas, en especial del Consejo de Seguridad, procurando hacer efectivas sus resoluciones. Entre sobresaltos y algunas contradicciones, el balance indica que la participación de Costa Rica ha sido

* Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad de Costa Rica.

constructiva, siendo uno de los Estados más comprometidos con la consolidación de la Corte Penal Internacional.

Los tribunales de Núremberg, Tokio, de la antigua Yugoslavia, de Ruanda y Sierra Leona, fueron respuestas específicas a casos concretos, pero el curso de los acontecimientos indicaba que no se podía continuar estableciendo tribunales especiales. Después de los horrores de que fue testigo el siglo XX, la Conferencia Especializada de las Naciones Unidas se reunió en Roma¹ con el fin de acordar un tribunal penal internacional de carácter permanente, con jurisdicción universal sobre los crímenes más abominables. En Roma se congregaron 160 países del 15 de junio al 17 de julio de 1998, para negociar y finalmente convenir los términos de un tratado internacional que contiene el Estatuto de Roma, por el cual se establece la Corte Penal Internacional.

Un difícil trayecto

Costa Rica adoptó de manera entusiasta ese proyecto. La jefa de la delegación costarricense en la Conferencia de Roma, la doctora Elizabeth Odio Benito, era entonces Segunda Vicepresidenta de la República, por lo que el Estatuto de Roma contaba en aquel momento, afortunadamente, con apoyo al más alto nivel en la administración Rodríguez Echeverría.

La profesora Elizabeth Odio, quien ya había ejercido como jueza en el Tribunal Penal Internacional para los crímenes de la Antigua Yugoslavia², tenía toda la autoridad y el prestigio internacional para darle lustre a la delegación costarricense.

1 Entre 1989 y 1992, la Asamblea General de las Naciones Unidas había pedido a la Comisión de Derecho Internacional que se ocupara del proyecto para el establecimiento de una corte penal permanente.

2 A diferencia de los Tribunales de Núremberg y de Tokio, este sistema de justicia penal fue instituido por la comunidad internacional actuando como un todo, y no por la imposición de los vencedores en un conflicto armado internacional.

Además, en lo personal, ella estaba convencida de la importancia de establecer la Corte y –particularmente– estaba comprometida, como lo sigue estando, en la lucha contra la impunidad. Por Costa Rica, el Estatuto fue suscrito por don Manuel Hernández Gutiérrez, entonces Embajador de Costa Rica en Italia. Hoy, más de una década después de haberse establecido la Corte, concluimos que el camino no ha sido fácil, principalmente para un país pequeño como Costa Rica.

Como resulta conocido, la Corte Penal Internacional tiene poderosos enemigos, que nunca han ocultado su animadversión, y que incluso se jactan de ello. Durante las negociaciones en Roma, la delegación estadounidense tenía como propósito evitar a toda costa la creación del Tribunal. No obstante sus objeciones, al final del último día, la administración del presidente William J. Clinton tuvo el gesto de suscribir el Estatuto de Roma, el 31 de diciembre del 2000.

El 20 de enero del 2001 llegó George W. Bush a la Casa Blanca y a partir de ahí, la posición del gobierno de los Estados Unidos cambió sustancialmente. La abierta oposición de la administración republicana al Estatuto de Roma se hizo más que evidente. El día 6 de mayo del 2001, se comunicó oficialmente al Secretario General de la ONU que Estados Unidos no tenía la intención de ratificar el Estatuto de Roma y que por ende, la firma del 31 de diciembre 2000, puesta por la administración Clinton “no tiene obligaciones legales”³.

Luego vino una frontal ofensiva estadounidense contra la Corte Penal⁴. El presidente Bush conformó un equipo especial con el fin de evitar la entrada en vigor del Estatuto de Roma. No

3 Ese gesto es una innovación desde el punto de vista jurídico y se equipara al retiro de una firma.

4 Pocas veces se ha visto desplegar tantos esfuerzos y recursos como lo hizo Estados Unidos, en su estrategia de atacar y desprestigiar, por todos los medios, a la Corte Penal Internacional.

se conoce de presiones específicas ejercidas contra Costa Rica para evitar que el país ratificara el Estatuto, lo cual ocurrió el 7 junio del 2001, pero es de suponer que sí las hubo, siendo que Costa Rica era uno de los principales activistas. En el Congreso estadounidense uno de los más enconados enemigos de la Corte fue el senador republicano Jesse Helms, quien declaró que

Rechazar el Estatuto de Roma no es suficiente. Los Estados Unidos tienen que combatir el Tratado. Tenemos que oponernos agresivamente porque, incluso si los EE.UU. nunca se unen a la Corte, el Estatuto de Roma acarreará serias implicaciones para la política exterior estadounidense⁵.

Al iniciarse la administración del presidente Abel Pacheco de la Espriella, el 8 de mayo del 2002, la relación de Costa Rica con la Corte Penal Internacional sufrió un cambio significativo, dejando de ser un asunto prioritario del nuevo gobierno. El escenario se modificó y con la salida de la doctora Elizabeth Odio de la vicepresidencia, ya no había una figura a ese nivel comprometida con el Tribunal.

En la Casa Presidencial no había conexión alguna con el Estatuto de Roma. El tema tampoco era del principal interés del canciller Roberto Tovar Faja. El gobierno de don Abel Pacheco dio un giro temático y ahora tenía como una de sus prioridades internacionales las negociaciones en torno al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana.

La figura que más conocía sobre la materia, quien había dado importantes batallas a favor de la Corte Penal y quien estaba involucrado con el tema de la justicia internacional, era

5 Ver en: <<http://www.derechos.org/nizkor>>. Disponible a septiembre de 2014.

el embajador acreditado ante Naciones Unidas, señor Bruno Stagno Ugarte, quien en solitario y a pesar de las limitadas posibilidades de maniobra que le impusieron, siempre procuró no descuidar las posiciones que Costa Rica ya había avanzado en el tema de la promoción de un sistema de justicia supranacional.

Con la entrada en vigencia del Estatuto de Roma, Estados Unidos aumentó sus presiones y ahora, en forma decidida, incluyó a Costa Rica entre sus objetivos diplomáticos de persuasión. El propósito era presionar para suscribir acuerdos bilaterales de inmunidad con el fin de sustraer a los nacionales estadounidenses de la competencia de la Corte⁶. Según el gobierno estadounidense, cada país amigo debía suscribir un ABI: Acuerdo Bilateral de Inmunidad, comprometiéndose a no acudir a la Corte Penal Internacional para denunciar o apoyar demandas por crímenes contra la humanidad en los cuales estuviesen involucrados nacionales de los Estados Unidos.

Se buscaba excluir de la jurisdicción de la Corte a sus nacionales y a su personal militar, prohibiendo su entrega. Según ellos, el artículo 98 del Estatuto de Roma les permite tales excepciones. Esa antojadiza interpretación no tiene ningún asidero jurídico, pues atenta contra el objeto y el fin del tratado. Por el contrario, esos acuerdos más bien violan el artículo 98 del Estatuto, que reafirma el compromiso de la cooperación con la Corte.

En medio de las fuertes presiones que se ejercían, a finales del mes de setiembre del 2003 el Ministro de Relaciones Exteriores, don Roberto Tovar Faja, accedió a reunirse con el representante

6 El 24 de julio del 2002, el Congreso adoptó la ley ASPA (American Servicemembers' Protection Act) que establece la posibilidad de usar medios militares para liberar a ciudadanos estadounidenses que estuvieran bajo custodia de la Corte.

de los Estados Unidos para tratar el tema de la inmunidad solicitada para sus nacionales. En esa reunión, la delegación estadounidense indagó, incluso, sobre la posibilidad de suscribir una especie de acuerdo ejecutivo que no requiriera la aprobación de la Asamblea Legislativa, lo cual resultaba absolutamente improcedente según el derecho interno de Costa Rica. Así se lo hizo saber el canciller. La administración del presidente Abel Pacheco rechazó las presiones y no aceptó la exigencia de los Estados Unidos de sustraer a sus nacionales de la jurisdicción de la Corte.

Esa fue una posición correcta, precisamente la que se espera del jefe de un Estado soberano, comprometido con la aplicación integral del Estatuto de Roma. Sin embargo, esa férrea posición luce confusa, pues esa misma administración, con pocas semanas de diferencia, fue la misma que le dio el apoyo moral al presidente Bush para la invasión a Irak. Se dijo:

El Gobierno de Costa Rica reitera, de manera inequívoca, su respaldo a la alianza internacional contra el terrorismo, y manifiesta que nuestra vocación de paz no debe ser interpretada como indiferencia o tolerancia ante el terrorismo⁷.

Semejante decisión suscitó protestas, dudas y consultas constitucionales sobre la posición del Estado costarricense ante la intervención militar en Irak. Lo que se demuestra es que no existía congruencia ni consistencia en la política exterior. De haber existido, hubieran sabido que el resguardo de la integridad del Estatuto de Roma y la interpretación y aplicación universal del artículo 98 impedía apoyar acciones militares ilegales como la de Irak que, además de configurar una clara agresión, condujo

7 Ver en: <<http://www.whitehouse.gov/infocus/iraq/news/20030327-10.html>>. Disponible a septiembre de 2014.

a una serie de conductas que están tipificadas como crímenes de guerra.

Como era de esperarse, la negativa de Costa Rica de acceder a las presiones de los Estados Unidos para conceder inmunidad se tradujo en represalias. Al no haberse suscrito un acuerdo para dar inmunidad a los estadounidenses, cesó la cooperación otorgada por los Estados Unidos a Costa Rica bajo los rubros de los programas de educación y patrullaje conjunto. Entre los años 2004 y 2006, Costa Rica dejó de percibir US\$400,000.00 anuales que se usarían en entrenamiento policial⁸.

Adicionalmente, Estados Unidos eliminó un programa de ayuda para personas con retos especiales y otro programa de apoyo comercial⁹. Las sanciones contra Costa Rica se extendieron durante tres años, hasta el 2 de octubre de 2006, cuando Estados Unidos entendió los efectos contraproducentes de esa torpe estrategia. Ese día el presidente Bush suspendió la prohibición de otorgar financiamientos a los Estados Parte de la Corte Penal Internacional, opuestos a la firma de un ABI. Al respecto diría el canciller Bruno Stagno:

Entendemos [la decisión del presidente Bush] como un reconocimiento a la decisión de Costa Rica de pertenecer a la Corte Penal Internacional, institución llamada a tutelar los principios jurídicos para combatir la impunidad por los crímenes más atroces que lesionan los derechos humanos¹⁰.

8 Cifras hechas públicas según las revelaciones contenidas en los cables Wikileaks. En: Diario La Nación, Costa Rica, 13 de agosto del 2011.

9 Costa Rica quedó excluida de los beneficios de un fondo de \$40 millones anuales, que Estados Unidos creó para la implementación del Tratado de Libre Comercio con Centroamérica y República Dominicana.

10 En: Diario La Nación, Costa Rica, 5 de octubre del 2006.

La firmeza mostrada por Costa Rica se sustenta en su larga tradición de respeto al derecho internacional y en su compromiso de defensa de los derechos humanos. Ese fue el escudo con que el país hizo frente a la agresiva arremetida de la administración Bush, a sus presiones diplomáticas y sanciones económicas.

Sin apoyo oficial

Mientras tanto, a nivel internacional crecía el movimiento para postular a la doctora Elizabeth Odio Benito para jueza del naciente tribunal internacional. Para sorpresa de todos, en uno de los hechos más reprochables de que se tenga recuerdo, por razones estrictamente personales del presidente Abel Pacheco, inéditamente la ciudadana costarricense Elizabeth Odio Benito no contaba con el apoyo oficial del gobierno de su país para ser nominada. Ello por supuestas diferencias de pensamiento que el presidente no supo precisar y en contraposición al clamor de los académicos y juristas costarricenses y a los vigorosos y diversos movimientos internacionales que, en forma entusiasta, forjaban su candidatura.

La decisión del gobierno desató una ola de críticas desde los distintos sectores del país y del mundo, en contra la inexplicable posición del presidente Abel Pacheco. En medio de aquel descomunal error de la política exterior costarricense, se sabe que oficiosamente la Misión Permanente de Costa Rica ante Naciones Unidas, encabezada por el embajador Bruno Stagno, y posiblemente actuando a espaldas del Presidente, tuvo un papel destacado en la promoción subterránea de la candidatura de la profesora Elizabeth Odio. Aquella fue una meritoria decisión personal del embajador, quien actuó en solitario ante la miope negativa de la Casa Presidencial y la Cancillería.

La candidatura de la doctora Elizabeth Odio fue formalmente presentada por el gobierno de Panamá, el 25 de octubre del año 2002:

La candidatura de Odio Benito fue solicitada a Panamá por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Panamá reconoce las altas calificaciones morales y profesionales de Odio, así como su integridad y prestigio internacional¹¹.

El día 3 de febrero del 2003 ella fue electa por la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma para integrar la primera bancada de jueces de la Corte Penal Internacional. Enorme honor para Costa Rica. La mezquindad presidencial y las intrigas caseras no pudieron detenerla. Su candidatura triunfó y ella fue juramentada como jueza de la Corte el día 11 de marzo del 2003, con lo cual Costa Rica tendría presencia en uno de los principales tribunales de la historia.

Más tarde, ella fue elegida vicepresidenta de la Corte y quienes la promovieron, no se equivocaron. El papel de la doctora Elizabeth Odio Benito en el Tribunal fue brillante y sus aportes han sentado precedentes jurídicos de hondo calado.

Un aporte excepcional

En todos los grandes conflictos armados la violencia sexual es utilizada como un instrumento de guerra. Sin embargo, se había legislado muy poco al respecto. Este tipo de crímenes eran, generalmente, invisibilizados, poco se hacía para evitar que se cometieran y menos para sancionar a los responsables. Desde

11 Comunicado del Ministerio de Relaciones Exteriores de Panamá. En: Diario La Prensa, Panamá, 2 de noviembre del 2002.

que se establecieron los tribunales especiales para Ruanda, Yugoslavia y luego, la Corte Penal Internacional, estos crímenes han salido a la superficie para ser visibles y sancionados.

No existe un arma de guerra más eficaz que la violación de las hijas, madres, hermanas y esposas de los enemigos para forzar su rendición. Jamás antes en la historia esas prácticas fueron consideradas delitos¹².

A partir de su experiencia en el Tribunal ad hoc para crímenes en la antigua Yugoslavia, la profesora Elizabeth Odio logró aportar al tratamiento de estos crímenes una perspectiva de género que antes no existía y que abogados, jueces, fiscales e investigadores, desconocían. De especial importancia es el antecedente de la sentencia en el caso del campo de prisioneros de Celibici, de 16 de noviembre de 1998, a partir de la cual se definió la violación sexual como un crimen de guerra¹³. Se sentó jurisprudencia sobre los efectos de los tratos inhumanos que conlleva, que ha sido utilizada por diversos tribunales internacionales, incluyendo por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso Celebici (Sentencia del 16.11.1998), el referido Tribunal Internacional para la Ex-Yugoslavia (Trial Chamber), calificó el trato inhumano de acto u omisión

12 Odio Benito Elizabeth, Poder Judicial de España, con motivo del Premio del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Ver en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Canal_Judicial/>. Disponible a septiembre de 2014.

13 El 21 de marzo de 1996, el Fiscal presentó formal acusación contra tres hombres de nacionalidad bosnia musulmana y uno croata. Se les acusó de asesinato, tortura, violación, tratos crueles, inhumanos y degradantes. Los hechos denunciados ocurrieron en el campo de detención de prisioneros conocido como Celibici, en Konjic, en el centro de Bosnia Herzegovina, en la primavera y el verano de 1992.

intencional o deliberada, que causa “serio sufrimiento o daño mental o físico”, o constituye un “ataque serio a la dignidad humana” (párr. 543)¹⁴.

Luego y gracias a esa perseverancia, el Estatuto de Roma recoge la tipificación de los crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad. Se logró incluir, por primera vez en un instrumento internacional, la obligación de emplear la perspectiva de género para valorar los casos de violencia sexual cometidos durante los conflictos armados.

La jueza Elizabeth Odio Benito participó en el juzgamiento del líder rebelde en la República Democrática del Congo (RDC) Thomas Lubanga Dyilo, a quien se le atribuyen, entre otras acciones, ordenar crímenes de violencia sexual en daño de personas menores de edad. El 14 de marzo de 2012, la Sala de Primera Instancia I emitió la primera sentencia en la historia de la Corte Penal Internacional, condenando a Lubanga Dyilo. Los cargos que la Fiscalía presentó fueron los de reclutar, alistar y llevar a la guerra a cientos de niños y niñas menores de quince años y utilizarlos para participar activamente en las hostilidades.

El Fiscal de la Corte, sin embargo, no aportó pruebas de que el acusado perpetrara u ordenara crímenes de violencia sexual contra los menores de edad, de lo cual sí existe abundante evidencia. A pesar que se documentó que ciertamente hubo abusos contra las niñas, la jueza Elizabeth Odio no pudo convencer a los otros dos jueces, Adrian Fulford y René Blattmann, de que, en este tipo de agresión, el género es inherente al delito. Por ese

14 Utilizada en el voto razonado del Juez Caçado Trindade, contenido en la sentencia de 19 de noviembre del año 2004, del caso de la Masacre de Plan de Sánchez contra el Estado de Guatemala. También utilizada en la sentencia de 11 de marzo de 2005 del caso Caesar contra Trinidad y Tobago.

motivo no fue valorado el daño infligido a las niñas abusadas para imponerle una condena ejemplarizante a Thomas Lubanga.

La jueza Odio Benito dejó constancia por escrito de su posición y, en la sentencia del 14 de marzo de 2012, emitió una opinión individual y disidente¹⁵, en la cual criticó la posición que adoptó la mayoría del Tribunal sobre el tema, debido a que los actos sexuales que habían sido forzados a realizar niños y niñas por los miembros del grupo armado no fueron considerados como una participación activa en las hostilidades.

Odio Benito no oculta su interés por introducir dentro del concepto de participación activa en las hostilidades distintos actos de violencia sexual que podrían haber llegado a sufrir los menores utilizados por grupos armados. Sin ir más lejos, considera que las niñas utilizadas como esclavas sexuales o “esposas” de miembros de grupos armados proveen un apoyo esencial a las hostilidades, que al mismo tiempo les acarrearán daños considerables, y que se generan consecuencias vinculadas en específico con su género, como pueden ser los embarazos no deseados¹⁶.

Ese voto disidente debe leerse para comprobar su profundo alcance. El criminal Thomas Lubanga fue condenado a solo catorce años de prisión, lo cual no guarda proporción alguna con los abominables crímenes cometidos. La exoneración de su responsabilidad por los crímenes de violencia sexual ha sido decepcionante.

15 Corte Penal Internacional, Sala de Primera Instancia I, *The Prosecutor vs Thomas Lubanga Dyilo*, ICC-01/04-01/06, 14 de marzo de 2012. Opinión separada y disidente de la jueza Odio Benito, párr. 20.

16 Días, Leandro Alberto, “El voto de la jueza Elizabeth Odio Benito en el caso Lubanga: una crítica liberal a su concepto de participación activa en las hostilidades”, en: *Revista E en letra*, edición digital, año1, No. 1, Buenos Aires, febrero 2014, pág. 30.

Activistas entusiastas

El Estatuto de Roma incluye en el artículo 112 una disposición sobre el establecimiento de una Asamblea de Estados Parte. A mediados del año 2004, hubo una serie de reuniones para tratar el tema del nombramiento del Presidente de esa Asamblea de Estados Parte. El Príncipe Zeid de Jordania insistía en que – por el prestigio del país y por los méritos personales –, el embajador costarricense ante Naciones Unidas, señor Bruno Stagno, era el candidato ideal.

Por las experiencias anteriores, y por las inconsistencias en el manejo de la política exterior durante ese periodo, no se sabía si el gobierno de don Abel Pacheco lo apoyaría. Además, recordemos que el embajador Stagno era especialmente crítico de la invasión a Irak, a la cual aquel gobierno le había dado su apoyo moral. Esa discrepancia le valió una destitución temporal. El país contempló azorado cómo el Poder Ejecutivo destituyó al embajador Bruno Stagno Ugarte por pronunciar un discurso antibélico en la ONU, para ser revertido en su puesto tres días después. En general, el episodio sólo se sumaba al estilo particular de conducir la política exterior de aquel gobierno.

Esta vez, sin embargo, privó la cordura, la sensatez y el sentido común, y el gobierno de Costa Rica decidió apoyar la candidatura de don Bruno Stagno para presidir la Asamblea de Estados Parte. La negativa de apoyar la candidatura de la doctora Elizabeth Odio había erosionado gravemente la imagen del gobierno, y no querían que eso se repitiera.

Muchos diputados le señalan errores a don Abel que son muy lamentables. La falta de apoyo a doña Elizabeth Odio es posiblemente el error más grande de este gobierno. En el campo internacional es donde más fallas se tiene¹⁷.

17 Angulo Zeledón Rolando, comentario editorial, Noticias Columbia, 7 de mayo del 2003.

El 9 de setiembre de 2004 se logró el consenso para elegir por aclamación al Embajador costarricense como Presidente para el período 2005-2008. Eso ocurrió durante la tercera sesión de la Asamblea de Estados Parte del Estatuto de Roma, celebrada en La Haya.

Ya con la Corte Penal Internacional en funcionamiento, Costa Rica ha hecho valiosos aportes a la causa de la justicia universal. Ante las atrocidades perpetradas por el régimen del presidente Omar Al-Bashir en Sudán contra las poblaciones no árabes de Darfur, el 31 de marzo del 2005 el Consejo de Seguridad de la ONU adoptó la resolución No. 1593, remitiendo el caso a consideración de la Corte Penal Internacional, hecho que Costa Rica aplaudió.

Con la administración del Dr. Óscar Arias Sánchez, inaugurada en mayo del 2006, la política exterior de Costa Rica retoma nuevos bríos, no sólo por el renombre internacional del Presidente, sino, sobre todo, por el nombramiento del señor Bruno Stagno como canciller. En el año 2007 Costa Rica ingresó como miembro no permanente al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y desde ahí tendría una actitud más activa y beligerante en el caso de sentar responsabilidades por los crímenes en Darfur.

En junio del año 2008, desde el Consejo de Seguridad, Costa Rica emprendió una negociación para alcanzar una resolución sobre este caso. Ello representó romper con el silencio que imperaba en dicho foro, sobre la indiferencia con que se trataba el caso de los crímenes que se cometen en esa nación africana. Al denunciar la inacción de este organismo, el día 5 de junio 2008, en un discurso con ocasión de la sesión No. 5905 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el canciller Bruno Stagno dijo:

El gobierno de Sudán juega con nosotros, juega con la dignidad humana, juega con la autoridad del Consejo¹⁸.

Cuando se planteó la posibilidad de una eventual suspensión de la investigación contra el presidente Al-Bashir por parte del Consejo de Seguridad, Costa Rica, en su doble condición de Estado Parte de la Corte Penal Internacional y de Miembro no Permanente del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, se opuso firmemente.

El entonces fiscal principal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, pidió a los jueces del tribunal que emitieran una orden de arresto contra Al-Bashir. Así ocurrió, y el 5 de marzo de 2009 Costa Rica expresó su categórico respaldo a la petición de captura. Esto es relevante, pues se trata de la primera orden de arresto emitida por la Corte Penal Internacional contra un Jefe de Estado en ejercicio de sus funciones. Aquí, con esta histórica decisión, se rompían muchos esquemas del derecho internacional clásico.

Esta animada actuación de Costa Rica le valió una airada reacción del régimen de Sudán. El enviado especial ante la ONU criticó a Costa Rica y literalmente dijo:

El tema aquí es más grande que el pequeño cerebro de algunos embajadores que hablaron hace pocos minutos. Costa Rica es una república bananera que intenta inflamar y provocar daño al estancado proceso de paz de Darfur¹⁹.

18 ONU, “Fiscal de CPI advierte que continúan atrocidades en Darfur”, Centro de noticias. Disponible en: <<http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=12629#U-OwG6NtjrQ>>, a septiembre de 2014.

19 Agencia Reuter, “Enviado de Sudán critica a Costa Rica por dichos sobre Darfur”, 5 de febrero del 2009. Disponible en: <<http://lta.reuters.com/article/idLTASIE51502Y20090206>>, a septiembre de 2014.

Ya durante la administración Chinchilla Miranda, en octubre del 2012, fue establecido en Ginebra el Grupo de Amigos de la Corte Penal Internacional, creado con el objetivo de dar soporte al trabajo del Tribunal. Su primer coordinador fue el Ministro Consejero de la Misión de Costa Rica en La Haya, el embajador Norman Lizano Ortiz.

En el año 2013, ante el anuncio del viaje del presidente Omar Al-Bashir a Chad, la beligerante Costa Rica hizo un llamado al gobierno de Chad para que cooperara con la Corte y cumpliera con la orden de arresto de Al-Bashir, quien hizo el viaje y no fue capturado. Costa Rica lamentó profundamente que el gobierno de Chad no lo hubiera arrestado. Sobre este punto el Canciller de la República, don Enrique Castillo Barrantes manifestó que:

[...] esta es la tercera oportunidad en la que la República de Chad incumple con su obligación de detener a Al-Bashir y entregarlo a la Corte Penal Internacional²⁰.

La misma petición se formuló el 27 de febrero del 2014, cuando Omar Al-Bashir visitó la ciudad de Kinshasa, República Democrática del Congo, para participar en la 17 reunión de los países miembros del Mercado Común del Norte y Este de África. En esa oportunidad se dijo:

Costa Rica insta a la República Democrática del Congo, Estado Parte de la Corte Penal desde hace 14 años, a que proceda a ejecutar la orden de captura. Costa Rica deplora las diferentes instancias de no cooperación que han permitido que Omar Al-Bashir, continúe evadiendo la justicia²¹.

20 Spanish.people.com.cn, “Costa Rica pide a Chad cooperar con Corte Penal Internacional”, disponible en: <<http://spanish.peopledaily.com.cn/31617/8200650.html>>, a septiembre de 2014.

21 Ministerio de Relaciones Exteriores, Costa Rica, comunicado del 27 de febrero 2014.

Recordemos que como Canciller de Costa Rica, el Dr. Enrique Castillo era parte de la “Red de Ministros de Relaciones Exteriores para el apoyo a la Corte Penal Internacional”, una iniciativa de la canciller Aurelia Frick del Principado de Liechtenstein, lo cual reafirma el compromiso de Costa Rica por fortalecer el Tribunal.

Para el año 2012, la Misión Permanente de Costa Rica en Ginebra coordinaba el Grupo de Amigos de la Corte Penal Internacional. En mayo del año 2013, se celebró una sesión de trabajo con la nueva Fiscal de la Corte Penal Internacional, la gambiana Fatou Bensouda, con el objetivo de reafirmar el interés de Costa Rica por fortalecer la justicia penal internacional y dialogar sobre los desafíos que se afrontan. El Representante Permanente de Costa Rica, el embajador don Manuel Dengo Benavides, señaló la importancia de asegurar la implementación de los instrumentos internacionales para procurar un remedio para las víctimas.

Costa Rica ha tenido igualmente, participación activa en la llamada Coalición por la Corte Penal Internacional, que es una red de 2.500 organizaciones de 150 países de todo el mundo, que trabajan en forma conjunta con el objetivo de fortalecer la cooperación internacional con el Tribunal; abogar por una Corte efectiva e independiente; hacer que la justicia sea visible y universal, y fomentar leyes nacionales más eficientes para brindar justicia a las víctimas de estos crímenes.

En los primeros meses de la administración de don Luis Guillermo Solís Rivera, Costa Rica ha mantenido su posición de apoyo a la Corte. No menos se espera de un Presidente que tiene una sólida formación y experiencia en temas de política exterior. Para el 17 de julio del 2014, en que se conmemora el Día de la Justicia Penal Internacional, el gobierno se unió a la

celebración, indicando que la fecha es propicia para recordar que la responsabilidad primordial de investigar y procesar los crímenes internacionales recae sobre cada Estado. En palabras del canciller don Manuel González Sanz:

Esta fecha es idónea para renovar el compromiso de Costa Rica con la Justicia Internacional, y en especial con la Corte Penal Internacional. Seguiremos trabajando en pro de la universalización del Estatuto de Roma, e impulsando en el marco de la Asamblea de Estados Partes medidas que impidan la impunidad de quienes habiendo cometido crímenes atroces intentan escudarse en sus cargos oficiales para evadir la justicia²².

Un compromiso de todos

Hemos hecho un recuento de lo que ha sido, a grandes rasgos, la participación del Poder Ejecutivo en la promoción y fortalecimiento de la Corte Penal Internacional. Esto porque constitucionalmente a este Poder le corresponde dirigir la política exterior. Sin embargo, el respaldo nacional a la Corte proviene de las diferentes instancias del Estado, de instituciones, universidades y de la sociedad civil.

Por ejemplo, la Sala Constitucional de Costa Rica hizo un importante aporte al resolver la consulta preceptiva de constitucionalidad con respecto al Estatuto de Roma. De todos los elementos que podemos analizar de ese voto, en esta ocasión me quedaré con la motivación por el fondo que está contenida en

22 González Sanz Manuel, Canciller de Costa Rica, quien es parte de la Red Internacional de Ministros en apoyo a la Corte Penal Internacional.

el punto IV de la resolución²³. Ahí se hace un valioso repaso de los hechos que durante el siglo XX, conmovieron profundamente la conciencia de la humanidad y quedaron impunes, y del papel que históricamente ha asumido Costa Rica al respecto.

Ya con anterioridad, en febrero del año 1997, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en aplicación del principio de cooperación internacional, había dado curso a la carta rogatoria remitida por el Tribunal de Primera Instancia para crímenes de la Antigua Yugoslavia, en la cual se solicitaba la captura del criminal serbio Radovan Karadzic, en caso que estuviera o apareciera por Costa Rica. En tal ocasión se concedió el *exequátur*²⁴.

En la Asamblea Legislativa, por su parte, los señores diputados y las señoras diputadas al aprobar el proyecto de ley que contenía el texto negociado del Estatuto de Roma, señalaron la necesidad de:

[...] instituir con carácter permanente y con una esfera de acción lo más amplia posible, un órgano jurisdiccional por medio del cual se evite que la impunidad fuera el resultado de las más aborrecibles crueldades causadas entre los mismos seres humanos²⁵.

Durante el trámite, la Asamblea Legislativa confirió audiencia a la Procuraduría General de la República, al Ministerio de Justicia, al Instituto Interamericano de Derechos Humanos y a

23 Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 2010-020958 de las 17:21 horas del 15 de diciembre del 2010, Expediente 10-015342-0007-CO.

24 Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, Resolución No. 24 de las 8:00 horas del 10 de febrero de 1997, Expediente 97- 200024-0004.

25 Asamblea Legislativa, Expediente No. 13.579, Exposición de motivos del proyecto de ley para aprobar el tratado internacional que crea el Estatuto de Roma.

la Corte Suprema de Justicia, para que se pronunciaran sobre el proyecto de ley de ratificación del Estatuto de Roma. Todos lo hicieron favorablemente.

Con motivo del X aniversario de la creación de la Corte, la Comisión de Derecho Internacional Humanitario realizó un acto en donde se recordó su importancia:

La existencia de la Corte Penal nos brinda la oportunidad, como comunidad internacional y como sociedad humana, de contar con una herramienta legítima, creíble y confiable para enfrentar violaciones al derecho internacional y quebrantos a los seres humanos, tanto por parte de actores estatales como no estatales²⁶.

A nivel académico, la Facultad de Derecho de Universidad de Costa Rica ha incorporado a su programa de estudio el tema de la Justicia Universal y el funcionamiento de la Corte Penal Internacional. Se trabaja para establecer la cátedra especializada de Derecho Penal Internacional.

Las y los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica participan entusiastas, y con muy buen suceso, junto a estudiantes de las más prestigiosas universidades del mundo, en el concurso de simulación judicial ante la Corte Penal Internacional, que se celebra cada año. En esa competencia los talentosos estudiantes tramitan casos complejos, utilizando el mismo derecho de fondo y de procedimiento de la Corte Penal. Las delegaciones que nos han representado en La Haya lo han hecho con gran éxito y han tenido una destacada participación.

26 Segura Fernández, Mabel, Presidenta de la Comisión Costarricense de Derecho Internacional Humanitario (CCDIH), Comunicación Institucional (2484 CPI X Aniversario), 2 noviembre de 2012.

Tanto la jueza Elizabeth Odio Benito como el Estado de Costa Rica han dado muestras constantes de su compromiso por robustecer la Corte Penal Internacional. Se han hecho avances importantes, sin embargo, hay muchas tareas pendientes. Es necesario insistir ante los Estados sobre el financiamiento de la Corte y la obligación que tienen de cooperar en la persecución de estos crímenes, como el antídoto contra la impunidad, pues como bien lo dice la profesora Elizabet Odio Benito:

Los crímenes sin autor, sin responsable y sin sanción darán al traste con todas las formas de organización jurídica que podamos intentar. Sin justicia no habrá paz, en cualquier sociedad que pretenda vivir conforme a los cánones de la convivencia civilizada²⁷.

27 Odio Benito Elizabeth. Discurso con motivo del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad Nacional, San José, 12 de mayo del 2014.

Los presupuestos de los derechos humanos

*Pedro Nikken**

La persona humana no puede vivir conforme a la dignidad que le es inherente, en una sociedad oprimida. Los derechos humanos imponen la organización del entorno social y político en orden a su respeto, protección, satisfacción y garantía.

En términos empíricos, es difícil concebir una sociedad cuyo grado de ignominia alcance el punto en el que todos los derechos humanos de todos sus miembros sean violados y carezcan de toda garantía; ni una cuya perfección sea tal que la integridad de los derechos humanos esté plenamente garantizada para todos sus integrantes. Sí es posible, en cambio, identificar contextos y modelos de organización social y política que armonizan con el goce virtual de los derechos humanos de sus integrantes así como otras que adversan ese propósito.

Se ha dicho, con razón, que el respeto y la garantía que se deben a los derechos humanos implican que el Estado debe organizarse para que su estructura sea capaz de asegurar su libre

* Venezolano. Abogado (Universidad Católica Andrés Bello), tiene un diplomado de Estudios Superiores (Universidad de París II) y es doctor en Derecho (Universidad de Carabobo). Fue juez y presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También presidió el IIDH y ha sido miembro de su Consejo Directivo y su Asamblea General desde su fundación; actualmente es uno de sus presidentes honorarios. También ha sido Presidente de la Comisión Internacional de Juristas, con sede en Ginebra y Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

y pleno ejercicio a todas las personas bajo su jurisdicción¹. Sin embargo, no es posible prescribir las condiciones particulares en las que ese desiderátum es plenamente realizable, primero, porque en alguna medida dependen de la situación particular de cada sociedad y de cada Estado, de suyo cambiantes y sujetas a innumerables contingencias y, segundo, porque tal grado de perfección no es alcanzable ni, si lo fuera, sostenible.

En cambio, sí es posible identificar presupuestos cuya negación resulta en un obstáculo insalvable para que los derechos humanos puedan realizarse efectivamente. No se trata de situaciones en las cuales todos los derechos de todas las personas sean violados impunemente, sino de causas de opresión que gravitan sobre la totalidad del Estado o de la sociedad; de componentes patológicos que impregnan de tal modo el cuerpo social que determinan una causa de opresión general, sin cuya remoción los derechos humanos sufren una minusvalía colectiva intrínseca. Se trata, pues, de condiciones necesarias, pero no suficientes, para la efectividad de los derechos humanos dentro del contexto de una sociedad determinada.

En el área jurídico-política es posible identificar tres precondiciones o presupuestos para que los derechos humanos puedan ser efectivamente realizables. Esas condiciones son la **autodeterminación**, el **Estado de Derecho** y la **democracia**. La autodeterminación es condición para la existencia del Estado, que es el garante último de los derechos humanos. Pero el Estado puede ser, y lo ha sido con frecuencia, un Estado estructuralmente opresor (la monarquía absoluta, el Estado totalitario, por ejemplo), de donde surge la necesidad de una

1 Cf., Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 166, también párrs. 164-177; Corte IDH, *Caso Godínez Cruz v. Honduras*, sentencia de 20 de enero de 1989, Serie C NO. 5, párr. 175, también, párrs. 173-188.

organización el Estado y del gobierno para que su función como garante pueda ser efectivamente cumplida, lo que se traduce en el imperativo del Estado de Derecho y la democracia. Esto no significa que la ausencia de cualquiera de esos componentes acarree que todos los derechos humanos de todas las personas que viven bajo un régimen colonial, un Estado totalitario o una dictadura militar, por ejemplo, sean violados; ni tampoco que la reunión de esos tres presupuestos asegure que todos los derechos humanos de todas las personas son respetados y garantizados. Lo que sí ocurre, en cambio, es que en ausencia de uno cualquiera de esos tres presupuestos nunca podrá alcanzarse, ni siquiera virtualmente, una garantía satisfactoria ni un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto, ni de cada uno de sus componentes individuales. En semejante contexto, nunca podrán cristalizar en la sociedad los valores de la dignidad humana.

El mismo valor de presupuesto lo tiene, en el área socio-económica, la **justicia social**, entendida como un umbral mínimo razonable de desarrollo económico y social y de acceso individual a los bienes sociales donde, al menos, la pobreza crítica no gravite determinadamente sobre la sociedad. La pobreza crítica y la exclusión que ella apareja asfixian colectivamente los derechos humanos al mismo título que la carencia de la autodeterminación, la democracia o el Estado de Derecho. En un escenario de injusticia social extrema, pobreza crítica y exclusión, el Estado no cumple tampoco con su función como garante de los derechos humanos y, además, las herramientas del Estado de Derecho y de la democracia terminan siendo inaccesibles a los socialmente oprimidos. Esto, de nuevo, no significa que todos los integrantes de la sociedad están privados de todos sus derechos humanos y ni siquiera que todos los derechos de todos los pobres son conculcados. Lo que expresa esta afirmación es que sin un grado mínimo de justicia

social tampoco podrá alcanzarse, ni siquiera virtualmente, una garantía satisfactoria ni un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto, ni de cada uno de sus componentes individuales. En semejante contexto, tampoco pueden cristalizar los valores de una sociedad democrática.

Estos presupuestos deben ser considerados a partir de una noción cualitativa o conceptual, vale decir, de aquello que se entiende por autodeterminación, Estado de Derecho, democracia o justicia social. No se trata, con todo, de conceptos unívocos, hecho que plantea una primera línea de dificultades de orden teórico, que pueden salvarse contrastándolos con la noción de sociedad opresiva, cuya organización política o social comporta el anodamiento de la autonomía del ser humano en virtud de su sujeción a un poder arbitrario que destruye su capacidad de decidir sobre su propia vida o lo somete al dictado de una voluntad ajena. La autodeterminación, el Estado de Derecho, la democracia y la justicia social, cualquiera sea el matiz que los identifique, son conceptos que caracterizan una sociedad no-opresiva, es decir, dotada de instrumentos virtualmente eficaces para combatir la opresión y liberar al ser humano de ella. Esto, ciertamente, no significa que se trate de una sociedad plenamente liberada de toda forma de opresión, sino de una cuya organización política y estructuración social no comportan una causa general de opresión.

Estos mismos conceptos, por otra parte, están expuestos a una visión cuantitativa. El Estado de Derecho y la democracia, por ejemplo, más allá de su concepto abstracto, plasmado en el ordenamiento constitucional del Estado, ordinariamente presentan falencias en su praxis, sin que ello comporte necesariamente su desnaturalización. Por el contrario, el Estado de Derecho y la democracia son normalmente incompletos y

siempre perfectibles. Lo mismo puede afirmarse de la justicia social. Aunque es una noción que *prima facie* repugna a un raciocinio conectado con el derecho y la moral, debe admitirse la existencia de un umbral crítico a partir del cual las carencias de Estado de Derecho, democracia o justicia social se traducen en su privación para el cuerpo social en su conjunto; o, visto desde otro ángulo, la existencia de una suerte de estándar mínimo de una sociedad no-opresiva².

Con esas advertencias, pasaré revista sintéticamente a cuatro prerrequisitos o presupuestos de la efectividad de los derechos humanos, a saber: 1) la autodeterminación y los derechos humanos; 2) el Estado de Derecho y los derechos humanos; 3) la democracia y los derechos humanos; 4) la justicia social y los derechos humanos.

1. La autodeterminación y los derechos humanos

Los pueblos tienen derecho a disponer de sí mismos, esto es, a determinar libremente su estatus político y a definir de manera igualmente libre su desarrollo económico, social y cultural. El artículo 1(2) de la Carta de las Naciones Unidas proclama el principio de la libre determinación de los pueblos. Por su parte, el artículo 1 (común) de los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos

2 El factor cuantitativo no es extraño en el ámbito de los derechos humanos. Por ejemplo, el ámbito de aplicación de la Resolución 1503 (XLVII) del ECOSOC, de 27 de mayo de 1970, estuvo referido a situaciones “que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”, lo que se traduce en un volumen crítico, que no se construye con violaciones aisladas, ni siquiera plurales, pues deben configurar un “cuadro persistente”.

Civiles y Políticos define, como una regla explícita de Derecho Internacional convencional, el contenido del derecho a la libre determinación, en el mismo sentido en que había sido definido por resoluciones y declaraciones precedentes de la Asamblea General de la ONU:

Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

La autodeterminación, que es un conocido concepto político y filosófico, comenzó a adquirir importancia universal durante la Primera Guerra Mundial, a raíz del programa de catorce puntos propuesto por el Presidente Woodrow Wilson de los Estados Unidos el 8 de enero de 1918³, que deberían servir de base a la paz mundial, concibiéndola como el principio según el cual ningún gobierno o grupo de gobiernos puede disponer del territorio de un pueblo libre ni determinar su condición política. Más tarde, el alcance de esta noción fue debatido desde los trabajos preparatorios de la Carta de las Naciones Unidas en los cuales se confrontaron distintos conceptos. Una dimensión de la autodeterminación (**externa**) se identificó con el anticolonialismo y está referida a la supresión de la dominación por parte de un Estado o grupo de Estados sobre pueblos libres, así como a la liberación de pueblos sometido a ocupación militar extranjera. Otra (**interna**) está referida el derecho de las distintas nacionalidades, etnias y grupos albergados bajo la soberanía de un mismo Estado. Esta última concepción es objeto de fuertes

3 El quinto de esos puntos abogaba por un arreglo libre y desprejuiciado de las reclamaciones coloniales, “basado en la estricta observancia del principio de que en la determinación de todas las cuestiones de soberanía, los intereses de las poblaciones afectadas deben tener el mismo peso que el de las reclamaciones equitativas de los gobiernos y sus títulos a ser determinados”. United States Department of State/Papers relating to the foreign relations of the United States, 1918. Supplement 1, *The World War* (1918), pág. 15.

resistencias en la medida en que se presenta como fundamento para la secesión de Estados plurinacionales y no ha alcanzado el consenso de la comunidad internacional. Ha prevalecido entonces el concepto de la autodeterminación en sentido externo, entendiéndola, sea como un principio **anticolonialista**, **antineocolonialista** y antirracista, sea como un principio de **libertad contra la opresión de un Estado extranjero**⁴, expresado, entre otros instrumentos, en las resoluciones 1514 (XV)⁵, 1541 (XV)⁶ y 2625 (XXV)⁷ de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En palabras de la Corte Internacional de Justicia, “en el curso de la segunda mitad del siglo XX, el derecho internacional, en materia de autodeterminación, evolucionó para dar lugar a un derecho a la independencia para los pueblos y territorios no autónomos, sujetos a la subyugación, la dominación o a la explotación extranjera”⁸. De conformidad con esta dimensión de la autodeterminación, todo pueblo tiene el derecho de determinar libremente, sin injerencia externa, su condición política y de proseguir su desarrollo económico, social y cultural, y todo

4 Cf. Cot, J.P., y A. Pellet, *La Charte des Nations Unies*, décima edición. Economica, París, 1991, págs. 49 y ss.

5 Resolución que contiene la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, adoptada por la Asamblea General el 14 de diciembre de 1960.

6 Resolución que contiene los *Principios que deben servir de guía a los Estados Miembros para determinar si existe o no la obligación de transmitir la información que se pide en el inciso e del artículo 73 de la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada por la Asamblea General el 15 de diciembre de 1960.

7 Que contiene la *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, adoptada por la Asamblea General el 24 de octubre de 1970.

8 ICJ, *Accordance with International Law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo*, Advisory Opinion, 22 de julio de 2010, párr. 79.

Estado tiene el deber de respetar este derecho de conformidad con las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas. La voluntad del pueblo debe expresarse libremente mediante el voto, a través de procedimientos democráticos, ampliamente difundidos⁹.

En lo que respecta a la dimensión interna de la autodeterminación, hay consenso en que ésta es la base para el derecho de todas las etnias, razas, nacionalidades y grupos presentes en el pueblo a preservar su identidad y a tener pleno e indiscriminado acceso al gobierno del Estado, en todos sus niveles y ramas¹⁰. La Corte Suprema de Canadá ha precisado que, en virtud de la autodeterminación interna, un pueblo tiene derecho a “la búsqueda de su desarrollo político, económico, social y cultural dentro del marco de un Estado existente”¹¹. En esa dirección se ha avanzado, a menudo con dificultad, hacia el reconocimiento de determinados grados de **autonomía** a minorías nacionales y está asimismo lejos de concluir del debate sobre los derechos de los pueblos indígenas albergados bajo la jurisdicción de los Estados. Se trata de fuentes de tensión y también de conflictos actuales, algunos extremadamente violentos, dentro de ciertos Estados¹².

9 ICJ, *Western Sahara*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1975, pág. 12, párrs. 54-59. Sobre la frustración de los efectos de la opinión de la Corte, cfr., Navarro Baptista, R., “El conflicto del Sáhara Occidental: la libre determinación en retirada”, en: Villán Durán, C., y C. Faleh Pérez (editores), *Paz, migraciones y libre determinación de los pueblos*. Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Luarca, 2012, págs. 83-117.

10 Cf. Cassese, A., *International Law*, second edition. Oxford University Press, Nueva York, 2005, pág. 61.

11 “[...] a people’s pursuit of its political, economic, social and cultural development within the framework of an existing state”. Supreme Court of Canada, Reference Re Secession of Quebec, 20 de agosto de 1998, párr. 126.

12 En el caso de la declaración unilateral de independencia por parte de Kosovo, la Corte Internacional de Justicia llegó a conclusiones estrechamente vinculadas

La circunstancia de haber sido incluida la autodeterminación en los dos Pactos de las Naciones Unidas sugiere que pudiera ser clasificada entre los derechos humanos. No obstante, como la autodeterminación *in toto* no puede ser ejercida ni satisfecha individualmente sino por la colectividad en su conjunto, es más bien como un “derecho de los pueblos”. Asimismo, numerosas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas

con las circunstancias del caso concreto, que no son fácilmente extrapolables a otras situaciones. En la opinión consultiva aludida en la nota precedente, advirtió, en general, que una declaración unilateral de independencia no es, por sí misma, contraria al derecho internacional ni a la práctica del Consejo de Seguridad. En los casos en que éste ha condenado tales declaraciones, su condena ha estado basada en que ellas “estaban o habrían estado conectadas con el uso ilegítimo de la fuerza o con otras violaciones graves del derecho internacional general, en particular de naturaleza imperativa (*ius cogens*)” (párr. 81). Tras advertir que estas últimas circunstancias no habían estado presentes en el caso de Kosovo, por lo que no se habría violado el derecho internacional general, examinó detalladamente si se habría violado la *lex specialis* constituida por la Resolución 1244 (1999) del Consejo de Seguridad y concluyó que la declaración unilateral de independencia no infringía dicha Resolución. Entre las circunstancias del caso que deben tenerse presentes están: 1) que la Resolución 1244 (1999) establecía un estatuto interino, destinado a cesar una vez que se hubiera determinado el estatuto definitivo de Kosovo; 2) que la declaración de independencia emanó de autoridades legítimamente electas que, al formularla, no actuaron como autoridades de un régimen interino, según lo interpretó la Corte (párrs. 107 y 121); 3) que las negociaciones con Serbia para definir el estatuto definitivo de Kosovo fueron consideradas como definitivamente infructuosas por el Representante del Secretario General de las Naciones Unidas, con el respaldo explícito de éste, y 4) que, a diferencia de otras resoluciones análogas del Consejo de Seguridad, la Resolución 1244 (1999) no contenía prohibición expresa de la independencia como fórmula para el estatuto definitivo de Kosovo. Sin embargo, la Corte declaró expresamente que sus conclusiones particulares en este caso estaban estrictamente circunscritas a la cuestión de la conformidad o no al derecho internacional de la declaración unilateral de independencia de Kosovo, y que las mismas no implicaban un juicio sobre el derecho de un Estado a separarse, particularmente a las cuestiones del alcance del derecho a la autodeterminación o de la existencia de un derecho a la “secesión-remedio” (párr. 83). Cf. Borrás, A., *La Independencia de Kosovo ante la Corte Internacional de Justicia*. AEPDIRI/Marcial Pons. Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2011.

presentan la autodeterminación como una condición previa y necesaria para el efectivo ejercicio de los derechos humanos. Este concepto ha sido criticado sobre la base de que es posible, en la práctica, respetar y garantizar el efectivo goce de ciertos derechos humanos, (como la vida, la integridad o la libertad religiosa, por ejemplo) bajo un régimen colonial¹³. Sin embargo, la conceptualización de la autodeterminación como un presupuesto o condición para la efectividad de los derechos humanos no pretende afirmar que, necesariamente, en ausencia de autodeterminación se violan **todos** los derechos humanos, ni que un pueblo, por el sólo hecho de elegir libremente su destino, alcance la plenitud del goce de sus derechos y el de todas las personas que lo componen, sino que la vulneración de la autodeterminación por dominación colonial es opresiva en sí misma y afecta a la sociedad en su conjunto, de modo que los derechos humanos son el objeto de una vulneración general o sistémica y no pueden nunca reunirse las condiciones necesarias para que sean **plenamente** respetados y garantizados. Ese concepto subyace al enunciado del párrafo 1 de la antes aludida Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de la ONU:

La sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los derechos humanos fundamentales, es contraria a la Carta de las Naciones Unidas y compromete la causa de la paz y de la cooperación mundiales.

En suma, como lo ha expresado Vasak, en ausencia de autodeterminación “el ser humano no puede ser libre puesto que le está prohibido liberarse”¹⁴.

13 Cf. Partsch, K.J., “Les principes de base des droits de l’homme: l’autodétermination, l’égalité et la non-discrimination”, en: *Les dimensions internationales des droits de l’homme*, editado por Karel Vasak. UNESCO, París, 1978, pág. 72.

14 Vasak, K., “La réalité juridique des droits de l’homme”, en: *Les dimensions internationales des droits de l’homme...* pág. 3.

2. El Estado de Derecho y los derechos humanos

La efectividad de los derechos humanos es indisociable de una organización de los poderes públicos y un orden jurídico orientados hacia el pleno respeto de la dignidad humana, dentro de un marco de seguridad y justicia, en el cual el norte del Estado sea el bien común. Este entorno, que se corresponde con el concepto de Estado de Derecho, comprende, en primer lugar (a), la sujeción de los poderes públicos al orden jurídico, en segundo lugar (b), la garantía efectiva de todos los derechos humanos, y, por último (c), la organización acorde de los mismos poderes públicos.

a. La supremacía del Derecho. ¿Estado de Derecho formal o sustancial?

El Estado de Derecho expresa la subordinación del Estado al orden jurídico, la supremacía del Derecho o *rule of law*. El poder no puede ejercerse legítimamente de cualquier manera, sino que debe sujetarse a los límites que conforman el Estado de Derecho, una de cuyas fuentes más relevantes viene constituida por la intangibilidad y la supremacía de los derechos humanos. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

[...] la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, **en la protección de los derechos**

humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal¹⁵ (énfasis añadido).

El absolutismo preceptúa que todo acto emanado de la voluntad del soberano es legítimo, e ilegítimo todo el que se aparte de ella. Su abolición dio origen al Estado de Derecho. Éste puede ser entendido en su versión más lata como la sujeción de todo acto del poder público a las leyes, que ha sido denominado de **mera legalidad**, lo cual tiende a redundar en el absolutismo del órgano legislativo del Estado, pues implica que no hay leyes ilegítimas y que todo lo que se adecúe a la ley es legítimo, e ilegítimo lo que se aparte de ella. El parlamento sustituye al monarca como detentador del poder absoluto. En cambio, en sentido estricto o de **estricta legalidad**, el Estado de Derecho implica, además, que la legitimidad de las leyes está sometida a normas superiores que delimitan su contenido. El primer concepto es meramente **formal**, pues la ley formal, por sí misma, es la única condición de la legitimidad, mientras que el segundo es **sustancial**, puesto que la ley está también condicionada, en su formación y en su contenido, a la estricta adecuación a la norma superior¹⁶. Esa norma superior es, en términos generales, la constitución, pero aun la constitución encuentra límites materiales en los derechos humanos, porque en la medida en que éstos son **inherentes** a la persona humana, la constitución misma no puede conculcarlos, sino reconocerlos, protegerlos y garantizarlos.

El Estado de Derecho implica pues, **en primer lugar**, la supremacía de la constitución. Si el Estado es el poder, la

15 Corte IDH, *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, opinión consultiva OC-6/86 del 9 de marzo de 1986, Serie A No. 6, **párr. 21**.

16 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, traducción de P. A. Ibáñez, C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto Sanchis y A. Ruiz Miguel, Vol. 1, "Teoría del derecho", pág. 462.

constitución es la limitación del poder, de tal modo que el Estado de Derecho puede también definirse como el Estado constitucional (*rule of Constitution*)¹⁷. Esto comporta que la organización del Estado, así como las leyes y todos los actos del poder público, deben adecuarse a la constitución y que deben asimismo existir mecanismos idóneos de control de constitucionalidad abiertos a quienes estén sujetos a la jurisdicción del Estado, cuyas características particulares pueden variar de acuerdo con el sistema jurídico de cada Estado, pero que han siempre de apuntar hacia la garantía de la supremacía de la constitución¹⁸. Ese control puede tropezar con dificultades si la propia constitución es la fuente de violaciones a los derechos humanos, pues sólo sería factible en aquellos ordenamientos que reconocen la supraconstitucionalidad de éstos, o, limitada e indirectamente, por obra de la protección internacional de los derechos humanos¹⁹.

El ejercicio del poder, pues, debe sujetarse a ciertas reglas que lo limitan, tanto en el plano formal como en el material. Los límites formales comprenden la separación e independencia de los poderes públicos y el principio de legalidad, es decir, al

17 Cf. Beaud, O., *La puissance de l'état*. Presses universitaires de France, París, 1994, pág. 208.

18 Cf. Brewer-Carías, A. R., *Judicial Review in Comparative Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

19 Cf. Corte IDH, *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73. La Corte Interamericana concluyó que había disposiciones de la Constitución de Chile incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuya aplicación en el caso concreto había violado los derechos humanos de las víctimas en el mismo. No obstante, la Corte no está facultada para anular una norma constitucional de un Estado sujeto a su jurisdicción, aunque sí para ordenarle, como medida restitutoria a la víctima, la enmienda del orden jurídico, incluida la constitución, para adecuarlo a sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Así lo hizo, en efecto, en el caso citado, con el resultado de que, por iniciativa del Presidente de la República, la Constitución chilena fue enmendada en el sentido dispuesto por la Corte Interamericana.

quién y al **cómo** se ejerce el poder; los límites materiales están referidos a la adecuación del ejercicio del poder público a los fines del Estado contemporáneo, entre los cuales descuella el conjunto de obligaciones que los derechos humanos imponen al Estado, es decir al **qué** deben contener los actos del poder público²⁰.

En **segundo lugar**, dentro del señalado marco, el Estado de Derecho reconoce el rango constitucional de los derechos humanos, tanto por su expreso enunciado en el texto de la constitución como por su inclusión en el llamado **bloque de constitucionalidad**²¹, cuyo respeto, satisfacción, protección y garantía debe imbuir la totalidad del orden jurídico y del aparato del Estado.

Es de la esencia del Estado de Derecho que ningún acto u omisión del poder público puede legítimamente desconocer los límites que dimanar de los derechos humanos ni ignorar las obligaciones que los mismos imponen al Estado en el

20 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*. ... Vol. 2, "Teoría de la democracia", págs. 16-17.

21 Cf. Favoreau, L., "Le principe de constitutionnalité: essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel", en: *Mélanges Eisenmann*. Cujas, París, 1975, págs. 33-48; Favoreu, L., y F. Rubio Llorente, *El bloque de la constitucionalidad*. Universidad de Sevilla, Cuadernos Civitas, Madrid, 1991. Denizeaud, C., "Existe-t-il un bloc de constitutionnalité?", *LGDJ*, París, 1997; Manili, L-M., "El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino", *La Ley*, Buenos Aires, 2003; Nikken, C., "Constitución y 'Bloque de Constitucionalidad'", en v/a: *El derecho público a los 100 números de la Revista de Derecho Público 1980-2005*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, págs. 69-87; Uprimny, R., "El bloque de constitucionalidad en Colombia: un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal", en: O'donnell, D., I.M. Uprimny y A. Villa (comp.), *Compilación de Jurisprudencia y doctrina nacional e internacional*. Oficina Alto Comisionado de NU para los derechos humanos, Bogotá, 2001; Rubio Llorente, F., "Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional)", en: *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. 1. Civitas, Madrid, 1995.

ejercicio del poder público, sean éstas de contenido positivo o negativo. Toda decisión del Estado contra esas obligaciones es ilegítima. Los derechos humanos y las obligaciones que de ellos dimanar configuran, en expresión de Ferrajoli, la **esfera de lo indecible**, que comprende **lo no decidible que**, configurado con la prohibición de destruir o menoscabar los derechos individuales y las libertades fundamentales, y **lo no decidible que no**, referido a todos los derechos humanos cuya protección, satisfacción o garantía requiere del Estado prestaciones positivas, entre los cuales destaca la mayoría de los derechos económicos, sociales y culturales²², aunque también no pocos derechos civiles y políticos.

En **tercer lugar**, las restricciones legítimas a los derechos humanos también están sujetas a la garantía del Estado de Derecho. Los derechos humanos admiten restricciones, cuya legitimidad material está sujeta a que ellas respondan a imperativos del Derecho basados en el orden público (en sentido amplio)²³ o los derechos de los demás²⁴, y cuya legitimidad formal deriva de que ellas están comprendidas dentro de la “reserva legal” o “reserva de ley”, es decir, la legitimidad de las restricciones a los derechos humanos requiere que éstas

22 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*... Vol. 2, “Teoría de la democracia”, pág. 22.

23 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aludido al concepto de orden público dentro del marco de la Convención Americana, indicando que el mismo “hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios”. Cf. Corte IDH, *La colegiación obligatoria de periodistas*... párr. 64. **En conexión con esa noción, en la misma oportunidad afirmó que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”** (Ibíd., párr. 66).

24 Cf. Kiss, A., “Permissible Limitations on Rights”, en: *The International Bill of Rights*, Louis Henkin, editor. Columbia Press University, Nueva York, 1981.

emanen de ley formal, entendida ésta como “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por [la constitución] para la formación de las leyes”²⁵.

El rango constitucional de los derechos humanos y de sus garantías ha tenido repercusión sobre el alcance del Estado de Derecho frente a los derechos económicos, sociales y culturales y su efectiva garantía.

b. La garantía efectiva de todos los derechos humanos. ¿Estado de Derecho o Estado Social de Derecho?

Como respuesta a la insurgencia de los derechos sociales, en el siglo XX surgió el concepto de “Estado Social de Derecho”, que se propone adecuar el orden jurídico-político y la organización del Estado a los imperativos de los derechos sociales. Como lo ha expresado García-Pelayo, “mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”²⁶. Para mostrar los contrastes entre el Estado liberal y el Estado social, el mismo autor expresa:

25 Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 38. En la citada opinión consultiva, la Corte Interamericana interpretó el significado de la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual dispone: “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, **no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes** que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas” (énfasis añadido).

26 García-Pelayo, M., “Las transformaciones del Estado contemporáneo”, en: *Obras completas*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pág. 1603.

De este modo, mientras el Estado tradicional se sustentaba en la justicia conmutativa, el Estado social se sustenta en la justicia distributiva; mientras que el primero asignaba derechos sin mención de contenido, el segundo distribuye bienes jurídicos de contenido material; mientras que aquél era fundamentalmente un Estado legislador, éste es, fundamentalmente, un Estado gestor, a cuyas condiciones han de someterse las modalidades de la legislación misma (predominio de los decretos-leyes, leyes medida, etc.); mientras que el uno se limitaba a asegurar la justicia legal formal, el otro se extiende a la justicia legal material. Mientras que el adversario de los valores burgueses clásicos era la expansión de la acción estatal, para limitar la cual se instituyeron los adecuados mecanismos –derechos individuales, principio de legalidad, separación de poderes, etc. –, en cambio, lo único que puede asegurar la vigencia de los valores sociales es la acción del Estado, para lo cual han de desarrollarse también los adecuados mecanismos institucionales. Allí se trataba de proteger a la sociedad del Estado, aquí se trata de proteger a la sociedad por la acción del Estado. Allí se trataba de un Estado cuya idea se realiza por inhibición, aquí se trata de un Estado que se realiza por su acción en forma de prestaciones sociales, dirección económica y distribución del producto nacional²⁷.

La noción de Estado Social de Derecho respondió al reconocimiento constitucional de los derechos sociales, los cuales, en consecuencia, debían compartir la jerarquía que el Estado de Derecho, en su formulación histórica primera, reconoció a los derechos individuales y las libertades públicas, también

27 *Ibidem*, pág. 1604.

conocidos como derechos civiles y políticos²⁸. La proclamación como derechos humanos de los derechos económicos, sociales y culturales debía comportar como corolario que la organización del Estado de Derecho incluyera mecanismos para asegurar el respeto, la garantía, la protección y la satisfacción de esta última categoría de derechos, en consonancia con el concepto de Estado que surgió del reconocimiento de los derechos individuales y las libertades públicas o derechos civiles y políticos. El Estado Social de Derecho representa la nueva dimensión que debió adquirir del Estado en función de sus obligaciones para con sus ciudadanos, en materia de derechos sociales.

Cualquiera sea la denominación, aunque parezcan verdades de Pero Grullo, el Estado debe organizarse y funcionar para alcanzar sus fines, entre los cuales está, y no en baja escala, la garantía de los derechos humanos de todos, y, de manera más global, el bien común. En ese contexto, no puede verse sino con desconfianza y preocupación la tendencia que procura desligar al Estado de sus deberes en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Se trata de una doctrina hermanada con las políticas neoliberales que apuntaron hacia el abaratamiento del Estado, a menudo al precio de sus políticas sociales. Hace ya casi veinte años el Relator Especial Danilo TÜRK (más tarde Presidente de Eslovenia) advertía:

La base jurídica sobre la que se asientan los derechos económicos, sociales y culturales supone fundamentalmente la presencia de un Estado “fuerte”

28 La noción de Estado Social de Derecho fue esbozada originalmente por Hermann Heller en los años veinte y treinta del siglo XX, como respuesta a la crisis de la democracia y el Estado de Derecho en la Europa de entre las guerras, particularmente frente a los extremos del nazismo y el fascismo, por una parte, y del positivismo jurídico por la otra, que reducía los derechos a un mero formalismo. El Estado Social de Derecho se presentó como una alternativa.

como motor que impulsa la realización de esos derechos, junto con una orientación nacional favorable a esta categoría de derechos. Sin embargo, esta opinión está claramente en contradicción con las realidades políticas que predominan en la mayoría de los Estados y con las opiniones acerca del presunto “papel apropiado” del Estado, que propugna cada vez más el Banco Mundial, según las cuales toda participación del Estado en la economía resulta sospechosa²⁹.

Y agregaba:

[...] la historia ha demostrado suficientemente que numerosos aspectos de la política social no se pueden resolver mediante la confianza ciega en las fuerzas del mercado³⁰.

La Sra. Magdalena Sepúlveda, siendo Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza de la ONU, advirtió sobre la no repetición de los errores de políticas de ajuste divorciadas de los derechos humanos, con respecto a la crisis económica y financiera desatada a principios del siglo XXI. Sugirió asimismo, que dicha crisis podía ser una ocasión para rectificar la pobreza y la exclusión social profundamente arraigadas, restablecer la cohesión social y sentar las bases de sociedades más equitativas y sostenibles³¹. La Experta independiente ha observado:

29 Informe Final del Relator Especial, profesor Danilo Türk, sobre la Realización de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/CN.4/Sub.2/1992/16., 3 de julio de 1992, párr. 85.

30 *Ibidem*, párr. 98.

31 Cf. Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, A/HRC/17/34, 17 de marzo de 2011.

Por medio de la recuperación basada en los derechos humanos, los Estados tienen la oportunidad de adoptar criterios nuevos y ambiciosos de la reducción de la desigualdad, la erradicación de la pobreza y la creación de sociedades y economías estables que resistan las conmociones futuras. Un enfoque de derechos humanos es la mejor manera que tienen los Estados de rectificar las desigualdades persistentes, exacerbadas por crisis sucesivas, que han disminuido la cohesión social y aumentado la sensación de inseguridad y exclusión. Si esas desigualdades persisten, el resultado podría ser el incremento de los disturbios y conflictos sociales [...]³²

La formulación del Estado Social de Derecho, si bien tiene el mérito histórico de haber destacado la naturaleza y la jerarquía de los derechos económicos, sociales y culturales, tal vez no se justifica conceptualmente en el presente, como una noción distinta al del Estado de Derecho, a secas, a la luz de la jerarquía y naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales y de la unidad y universalidad conceptuales de los derechos humanos. Si los derechos humanos responden a un único concepto, sean estos individuales o sociales, también el Estado de Derecho debe responder a un único concepto. Los derechos humanos son indivisibles e interdependientes de tal modo que no es concebible que el Estado de Derecho no los proteja y garantice también de manera indivisible e interdependiente. Un sedicente Estado de Derecho que no revista las características del Estado Social de Derecho estaría dejando de lado la protección y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, es decir, no estaría protegiendo y garantizando todos los derechos humanos y perdería en consecuencia su naturaleza de Estado de Derecho. El concepto de Estado Social de Derecho

32 *Ibidem*, párr. 58.

tuvo en su momento el mérito de enfatizar el rango de los derechos económicos, sociales y culturales, pero no se justifica en el presente. **Si el Estado no brinda protección y garantía a todos los derechos humanos individuales y sociales, no es un Estado de Derecho. El Estado de Derecho tiene que ser social o no es Estado de Derecho**³³.

c. La organización del Estado para el control del poder

En el Estado de Derecho el ejercicio del poder público debe ser controlado a través de normas jurídicas dictadas y aplicadas por órganos independientes y autónomos. De allí se siguen el **principio de legalidad**, como base de la definición de las competencias de los diferentes órganos del poder público, y la **separación de poderes**, como mecanismo apropiado para equilibrar el ejercicio del poder del Estado y de cerrar los cauces a la arbitrariedad. La separación e independencia efectivas de los poderes públicos es un estándar del Estado de Derecho, definido ya en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789³⁴. En el ámbito interamericano, la separación de poderes es postulada como “elemento esencial” de la democracia representativa por la Carta Democrática Interamericana (art. 3) y ha sido indirectamente corroborada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos

33 Cf. Pérez Salazar, G. (coordinador), *La Justicia Constitucional en el Estado Social de Derecho. II Congreso Internacional de Derecho Procesal Constitucional. En homenaje al Dr. Néstor Pedro Sagües*. Universidad Monteávila/Ediciones Funeda/Especialización en Derecho Procesal Constitucional, Caracas, 2012.

34 El artículo 16 de la Declaración de 1789 expresa que “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, no tiene Constitución”.

Humanos, en la cual se ha subrayado que el órgano legislativo debe ser elegido democráticamente³⁵. En lo que se refiere a la independencia del poder judicial, la misma Corte ha subrayado que “uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos, es la garantía de la independencia de los jueces”³⁶, y ha determinado que el principio de independencia judicial es esencial para la protección de los derechos humanos, de modo que su vigencia es absoluta y debe mantenerse aun bajo estado de excepción³⁷.

En el Estado de Derecho, en suma, la constitución y las leyes definen el ámbito del poder, cuyo ejercicio está subordinado a los derechos y atributos inherentes a la dignidad humana.

3. La democracia y los derechos humanos

La democracia, nos dijo Burdeau, “es hoy una filosofía, una manera de vivir y, casi accesoriamente, una forma de gobierno”³⁸. La democracia no responde a un concepto inmutable, pues su propia dinámica la impulsa hacia la búsqueda de su perfectibilidad. Como lo observa el mismo autor, la faz de

35 Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 38.

36 Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú*, sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 73; Corte IDH, *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*, sentencia de 5 de agosto de 2008, Serie C No. 182, párr. 55; Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo v. Venezuela*, sentencia de 30 de junio de 2009, Serie C No. 197, párr. 67.

37 Corte IDH, *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. 30.

38 Burdeau, G., *La Democracia: ensayo sintético*. Ediciones Ariel, Barcelona, 1960, pág. 19.

la democracia “se debe al sueño de los hombres”, pues “el uso mismo de las instituciones democráticas provoca la inestabilidad de la noción de democracia”³⁹. Sin embargo, aun dentro de ese margen de contingencia, puede afirmarse que el respeto y la garantía debidos a los derechos humanos son indisociables de la forma democrática de gobierno, en el sentido de que un mínimo estándar democrático es presupuesto indispensable para la vigencia real de los derechos humanos⁴⁰. Ese mínimo está determinado por la **democracia política representativa**, es decir, el sistema de gobierno en el cual la voluntad del pueblo es el fundamento de la autoridad del poder público, voluntad que se expresa a través de elecciones auténticas y periódicas, por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores⁴¹. A

39 Ibidem, p. 147.

40 Cf. Carothers, T., “Democracy and Human Rights: Policy Allies or Rivals?”, en: Carothers, T., *Critical Mission: Essays on Democracy Promotion*. Carnegie Endowment for International Peace, Washington 2004, págs. 9-22; también en *17 Washington Quarterly*, 1994, págs. 109 y ss.

41 Este concepto es de universal aceptación. En él se expresa lo establecido en el artículo 21(3) de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 25 (b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el artículo 23 (1) (b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 3 del Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos. El artículo 13 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos expresa la misma idea, aunque en términos generales y tal vez ambiguos; sin embargo, la Declaración de la Unión Africana sobre Principios que rigen las Elecciones Democráticas en África (2002) y la Carta Africana sobre Democracia, Elecciones y Democracia (2007), se alinean en la misma dirección de los instrumentos internacionales aludidos precedentemente. Cf. Fox, G., “The right to political participation in International Law”, en: Fox, G., y B. Roth (eds.), *Democratic Governance and International Law*. Cambridge University Press, Cambridge, 2000, págs. 48-90. Por su parte, la Declaración de Varsovia Hacia una Comunidad de Democracias (27 de junio de 2000), suscrita por más de cien Estados, en términos más amplios y precisos, proclamó: “La voluntad del pueblo será la base de la autoridad de gobierno, según se exprese por el ejercicio del derecho y deberes cívicos de los ciudadanos a elegir a sus representantes a través de elecciones periódicas, libres

partir de esa noción se ha venido construyendo la noción de democracia participativa, que expresa una mayor participación directa del pueblo en el manejo de los asuntos públicos, lo cual puede lograrse por dos caminos concurrentes. El primero es el de la participación a través de la consulta popular directa, normalmente por medio de referendos, que pueden versar desde la revocación del mandato de representantes, hasta las más diversas materias de interés público, incluidas la aprobación o abrogación de leyes u otros cuerpos normativos. El segundo es el fortalecimiento y empoderamiento de las llamadas sociedades intermedias independientes entre el Estado y el individuo, que conforman en su conjunto la organización popular, de la cual forman parte fundamental las asociaciones conocidas como organizaciones no gubernamentales.

Como forma de gobierno, la democracia encuentra una vinculación ontológica con los derechos humanos (a), vinculación que, sin embargo, no siempre se traduce en una praxis democrática enteramente compatible con los derechos humanos, de donde surgen con frecuencia tensiones entre éstos y la gestión democrática del Estado (b). Esas tensiones pueden conducir a la desnaturalización y hasta la perversión de la democracia, lo cual ha sido objeto de reconocimiento explícito en sistemas regionales de defensa colectiva y garantía internacional de la democracia (c).

a. El vínculo ontológico entre democracia y derechos humanos

La democracia se sustenta sobre valores y principios que la identifican y distinguen frente a otros sistemas de organización

y justas con sufragio universal e igual, abiertas a múltiples partidos, realizadas por votación secreta, vigiladas por autoridades electorales independientes y libres de fraude e intimidación”.

del gobierno y del Estado. El ejercicio del poder, en democracia, no resulta de un hecho de fuerza ni de una imposición arbitraria, sino de la voluntad popular, expresada en términos de mayoría; pero sin que esto implique que se subyugue a la minoría, a la que se reconoce el derecho a disentir y a no ser discriminada en el ejercicio de sus derechos. La supremacía de la soberanía popular y el respeto y la garantía de los derechos humanos son los pilares de la democracia.

La aproximación entre la democracia y derechos humanos debe atender a cuidadosos matices y distinciones. La primera se conecta con la noción de soberanía popular, que es la base del ejercicio democrático. La soberanía, como poder absoluto e irrestricto, frente al cual todo se dobliga y subordina, es un concepto abolido junto con el absolutismo. El advenimiento de los derechos humanos como categoría jurídica así como el del Estado de Derecho como su necesario corolario, imponen límites al poder que no pueden ser legítimamente ignorados, ni siquiera invocando la expresión de la soberanía popular. Soberanía popular significa que el único titular de la soberanía es el pueblo en su conjunto y nadie más que el pueblo en su conjunto. Nadie, ni como individuo, ni como fracción aun mayoritaria del pueblo, ni como órgano del Estado, incluso como órgano constituyente, puede apropiarse de la soberanía para ejercerla como poder absoluto contra el pueblo o alguno de sus componentes. Así entendido, el principio de la soberanía popular no sólo es compatible con el Estado de Derecho, sino que es su primera garantía⁴².

Por consiguiente, la soberanía popular, fundamento y límite de la democracia política, debe ser entendida como la resultante o sumatoria de la voluntad de todas las personas que se integran en el pueblo. Pero la expresión de esa voluntad sólo es legítima y válida si es libre y, para serlo, debe expresarse

42 Cf. Ferrajoli, L., *Principia iuris*... Vol. 2, "Teoría de la democracia", pág. 13.

estando garantizada la plenitud de los derechos humanos. Estos derechos, por tanto, no sólo son el límite para el ejercicio del poder soberano, sino que son su contenido fundamental. La soberanía popular es por y para los derechos humanos, de modo que la violación de éstos es también la violación de aquélla⁴³.

Pero, ¿por qué se justifica la democracia como forma de gobierno? La búsqueda de fundamentos políticos y axiológicos de la democracia, inexorablemente tropieza, una vez más, con los derechos humanos. Fuera del contexto de la democracia política, la soberanía popular queda privada de medios de expresarse legítimamente. La autonomía del ser humano, fundamento de los derechos humanos, requeriría que nadie tuviera que obedecer más que a sí mismo y que no estuviera sujeto a acatar lo preceptuado por otro; pero como la complejidad de la vida social y los requerimientos de la organización del Estado no permiten, en la práctica, el ejercicio de la democracia directa, la organización política de la democracia representativa asegura que el ser humano sólo se vea compelido a obedecer a un poder para cuya constitución ha concurrido su consentimiento. La tensión entre esos extremos ha dado origen, dentro de la dialéctica democrática, al reclamo de participación directa de los representados en el ejercicio del poder público, a través de distintas modalidades, que han venido conformando diferentes formulaciones de **democracia participativa**.

Sin democracia no hay derechos humanos. La abolición de la democracia es la ablación de la soberanía popular y su usurpación por quien ejerza el poder del Estado por la fuerza de los hechos. Como cuestión de principio, si el fundamento del poder público resulta de una imposición al pueblo, no sujeta a su

43 Ibidem.

aprobación, y se define por la sola fuerza de quien lo detenta, la autonomía y la dignidad como seres humanos de los gobernados quedan irremisiblemente vulneradas. La fuerza es la única fuente del poder del gobierno y sus actos fundan su fuerza obligatoria exclusivamente sobre el miedo al castigo.

Además, la democracia ofrece, en lo político, características sin las cuales determinados derechos humanos están irremediablemente vulnerados, incluso en el caso de que la mayoría de la población no sea objeto de medidas represivas concretas. **Fuera de la democracia, el poder público porta en sí mismo la opresión.** Cuando el poder público se ejerce sin otro título que la fuerza, la potestad de adueñarse del poder y mantenerse en el mismo sin tener en cuenta la voluntad popular, se crea un cuadro de quebrantamiento radical de los derechos humanos. No sólo porque se conculca el derecho a elegir y a ser elegido, sino porque la imposición opresiva de una minoría rompe el principio de la igualdad de derechos entre los seres humanos así como el de no discriminación, y no puede mantenerse durante mucho tiempo sino a través de la desesperanza, el miedo, la amenaza y la opresión frente a la sociedad toda, junto con la persecución activa de la disidencia, la violencia y la represión contra quienes osen traducir su desacuerdo en un peligro – o lo que los gobernantes consideren como un peligro – contra el régimen establecido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado el condicionamiento de los derechos humanos por la democracia en una observación relativa al ejercicio efectivo de los derechos políticos, garantizados en el artículo 23 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos⁴⁴, que incluyen el derecho a las elecciones democráticas:

La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.⁴⁵

Tampoco hay democracia sin derechos humanos. Los derechos humanos son, en buena medida, la razón de ser de la democracia, cuyo funcionamiento no es concebible dentro de un cuadro de desconocimiento de aquellos derechos. El régimen democrático porta en sí la supremacía de los derechos humanos y su estructura como forma de gobierno no es concebible si no incluye medios, mecanismos y procedimientos enderezados hacia la protección, el respeto, la satisfacción y la garantía de los derechos humanos. Si la garantía de los derechos humanos no está asegurada, la voluntad popular no podrá expresarse libremente, la soberanía popular quedará truncada y el ejercicio democrático deslegitimado. En democracia son indispensables instituciones independientes de control, como, en primerísimo

44 “Derechos Políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de 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; y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso interior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

45 Corte IDH, *Caso Castañeda Gutman v. México*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párr. 143.

lugar, el sistema judicial, y la más moderna institución del *ombudsman* o defensoría del pueblo, para proporcionar auxilio efectivo contra los actos y omisiones abusivas del poder público.

La democracia, adicionalmente, reconoce el derecho a disentir. La minoría no está condenada a soportar incólume cualquier *diktat* arbitrario de la mayoría. La propia dinámica de una gestión democrática debe llevarla a ser la de la mayoría, desde el gobierno, con la minoría, desde la oposición. La democracia está llamada a funcionar como un proceso de **codeterminación** del pueblo. En primer lugar, porque los actos de la mayoría gobernante están sujetos a la crítica y a la impugnación de quienes los cuestionan, lo que sienta las bases del debate democrático, cuyo resultado dialéctico puede enmendar e incluso abatir las iniciativas de la mayoría gobernante. En segundo lugar, porque es precisamente el pueblo soberano quien está llamado a decidir periódicamente cual es la orientación que ha de predominar en la interacción mayoría-minoría⁴⁶.

No obstante esta relación ontológica entre democracia y derechos humanos y del paralelismo de su conquista como conceptos sobre los que ha de sustentarse la organización del Estado para proteger y desarrollar la dignidad humana, en la práctica no siempre existe una correspondencia biunívoca entre ellos y se presentan escenarios de tensión entre ellos.

b. Las tensiones entre democracia y derechos humanos

La democracia es un sistema de gobierno y, por lo tanto, lo es también de ejercicio del poder. Como tal, no está exento *per se*

46 Cf. Kielmansegg, P., cit. por Muller, J., "Fundamental Rights in Democracy", *HRLJ* No. 4, 1983, pág. 184.

de incurrir en actos ilegales o en abusos, particularmente contra los derechos humanos. El origen democrático de un gobierno no lo inmuniza bajo ningún respecto. Sin embargo, la democracia y el Estado de Derecho, aunque conceptualmente son nociones distintas, son difícilmente separables en la práctica, de modo que las herramientas de este último pueden proporcionar los remedios para prevenir, corregir y sancionar los actos abusivos de las autoridades electas.

La democracia, por otro lado, requiere la búsqueda de ciertos consensos, sobre la base de negociaciones, acomodados y arreglos entre los diversos actores políticos, mientras que los derechos humanos dejan poco margen a la flexibilidad, cuando entran en juego su respeto o su violación⁴⁷. Esta observación, si bien es cierta, no es exclusiva del ámbito de los derechos humanos, puesto que es válida con respecto a todos los componentes esenciales de un régimen democrático.

Otro aspecto de la democracia que puede revelar tensiones con respecto a los derechos humanos tiene que ver con los límites a la legitimidad del principio mayoritario, característico del régimen democrático. Los derechos humanos imponen que la legitimidad democrática no esté determinada únicamente por lo formal o procedimental, sino que se extienda también a lo sustancial, entendiendo por tal lo que no puede ser decidido por mayoría o lo que debe ser decidido al margen de cualquier mayoría, porque se trata de materias “no decidibles” o “no decidibles que no” por el Estado, ni siquiera cuando éste actúa a través del cuerpo electoral⁴⁸. La Corte Interamericana de

47 Cf. Landman, T., *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*. Bloomsbury, Londres/Nueva York, 2013, págs. 38 y ss.

48 Cf. Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, prólogo y traducción de P.A. Ibáñez. Minima Trotta, Madrid, 2011, págs. 35 y ss.

Derechos Humanos, con ocasión de la nulidad intrínseca de una ley de amnistía para graves violaciones de derechos humanos, aprobada en consulta popular, ha acogido explícitamente este límite sustantivo al régimen de mayorías:

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, **la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías**, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad” [...], que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial⁴⁹ (énfasis añadido).

Las tensiones que pueden presentarse entre democracia y derechos humanos, pues, o bien son aparentes o bien son perversiones de la democracia, que no destruyen el concepto de ésta ni disminuyen el vínculo indestructible entre una y otros.

49 Corte IDH, *Caso Gelman v. Uruguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C No. 221, párr. 239.

Este último vínculo condicionante entre democracia y derechos humanos ha sido identificado en sistemas regionales de derechos humanos.

c. Democracia y derechos humanos en los sistemas regionales

La adhesión a la democracia como forma de gobierno ha sido proclamada, con distintas formulaciones para su defensa, en el marco de las tres organizaciones regionales que, a su vez, han establecido sistemas de derechos humanos, a saber, el Consejo de Europa (CE), la Organización de los Estados Americanos (OEA) y la Unión Africana (UA). En ninguno de los tres casos, sin embargo, los mecanismos para la promoción y protección internacionales de la democracia se han enmarcado dentro del sistema regional de derechos humanos, sino que han estado referidos, con matices, a órganos políticos de la respectiva organización regional. Se pasará revista someramente a cada uno de ellos.

i. El Consejo de Europa y la democracia

En el marco del CE no se ha adoptado ningún instrumento cuyo objeto específico sea la promoción y protección de la democracia. Un mecanismo específico de esa naturaleza seguramente no se ha considerado necesario toda vez que el Estatuto del CE, adoptado el 5 de mayo de 1949, cumple esa función desde el momento en que los Estados que lo suscribieron reafirmaron

[...] su devoción a los valores espirituales y morales que son el patrimonio común de sus pueblos y son el origen verdadero de los principios de libertad individual, de

libertad política y del Estado de Derecho, sobre los cuales se fundamenta toda democracia genuina (Preámbulo).

Por su parte, el artículo 1(a) del Estatuto, declara como objetivo del Consejo de Europa “salvaguardar y realizar los ideales y principios que son su patrimonio común”, y mediante el artículo 3, los Estados miembros se comprometen a “colaborar sincera y activamente para la obtención” de dicho objetivo, así como reconocen “el Estado de Derecho y el principio en virtud del cual toda persona bajo su jurisdicción debe gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. En conexión con estos compromisos, el artículo 8 determina que,

Todo Miembro del Consejo de Europa que infrinja gravemente las disposiciones del artículo 3 puede ser suspendido de su derecho de representación y requerido por el Comité de Ministros a retirarse en las condiciones previstas en el artículo 7. De no atender a este requerimiento, el Comité puede decidir que dicho Estado Miembro ha cesado de pertenecer al Consejo desde la fecha que el mismo Comité fije.

En consecuencia, la sanción al Estado que se aparte gravemente de la forma democrática de gobierno puede ser la expulsión del CE, decidida por el Comité de Ministros (integrado por los Ministros de Relaciones Exteriores de los Estados miembros). El procedimiento de expulsión fue iniciado contra Grecia, en 1969, durante la llamada Dictadura de los Coroneles. El 12 de diciembre de aquel año, faltando pocas horas para que se votara la decisión de expulsión, el gobierno griego se retiró del CE. Grecia reingresó a la caída de aquel régimen, con el restablecimiento de la democracia.

Por su parte, el Protocolo No. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos incluyó en su artículo 3 el **derecho a las elecciones libres**:

Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo.

Se trata de la protección a la democracia en su dimensión de derecho individual, que no comprende un mecanismo colectivo para la defensa de la democracia en tanto régimen político. Sin embargo, desde temprana hora del sistema regional de derechos humanos, la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos determinó que la Convención Europea es un tratado por el cual sus signatarios no han pretendido simplemente satisfacer sus intereses nacionales o concederse recíprocamente derechos y obligaciones, sino “realizar los fines del Consejo de Europa” y “establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideas y régimen de Derecho”⁵⁰.

ii. La Organización de los Estados Americanos y la democracia

El Preámbulo de la Carta de la OEA postula “que la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región”, mientras que el artículo 2 de la misma Carta enuncia entre los propósitos de la Organización el de “promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención”,

50 European Commission of Human Rights, *Austria vs. Italy*, Application 788/60, European Yearbook of Human Rights, vol. 4, 1961, pág. 138.

y el artículo 3 reafirma como principio de la Organización que la “solidaridad de los Estados americanos y los altos fines que con ella se persiguen, requieren la organización política de los mismos sobre la base del ejercicio efectivo de la democracia representativa”. La democracia representativa ha sido invocada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como “un ‘principio’ reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”⁵¹.

En ese contexto, la OEA adoptó la Carta Democrática Interamericana (CDI)⁵², que es un instrumento que no reviste la forma de un tratado internacional, pero que obviamente debería ser al menos determinante a la hora de interpretar y aplicar las disposiciones de la Carta de la OEA y otras convenciones regionales que aluden a la democracia.

El artículo 1 de la CDI postula:

Los pueblos de América tienen derecho a la democracia y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla⁵³.

51 Cf. Corte IDH, *La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención...* párr. 34.

52 Aprobada por la Asamblea General de la OEA, en su XXVIII Período Extraordinario de Sesiones, en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001. Sobre la Carta Democrática Interamericana, cfr. Ayala Corao, C., y P. Nikken Bellshaw-Hogg, *Defensa Colectiva de la Democracia: definiciones y mecanismos*. Comisión Andina de Juristas/The Carter Center, Lima, 2006. También en inglés: *Collective Defense of Democracy: Concepts and Procedures*. Andean Commission of Jurists/The Carter Center, Lima, 2006.

53 El derecho a la democracia queda sí definido, al igual que el derecho a la autodeterminación, como un “derecho de los pueblos”, esto es, como un derecho colectivo y no como un derecho individual. Sobre el derecho a la democracia, cfr. Frank, T., “The Emerging Right to Democratic Governance”, 96 *Am. J. Int. L.* 46, 1992, págs. 53 y ss.; Landman, T., *Human Rights and Democracy. The Precarious Triumph of Ideals*. Bloomsbury Academic, Londres/Nueva York, 2013; Nowak, M., *Introduction to International Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2003, pág. 46.

La democracia es esencial para el desarrollo social, político y económico de los pueblos de las Américas.

No existe en la Carta de la OEA (ni en la CDI), sin embargo, una definición de **democracia**, ni de **democracia representativa**. Esta última, sin embargo, enuncia, diferenciándolos en dos artículos, lo que califica como “elementos esenciales” (art.3) y “componentes fundamentales del ejercicio” de la democracia representativa (art. 4):

Artículo 3

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, **el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales**; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos (*énfasis añadido*).

Artículo 4

Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa.

La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia.

El **respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales** ha sido proclamado, pues, como **elemento esencial** de la democracia representativa.

El artículo 7 de la CDI abona a favor de un concepto de amplio espectro sobre lo que este instrumento entiende por derechos humanos:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

La CDI expresa, así, que no hay democracia sin derechos humanos. La democracia entendida como mero procedimiento para la elección de las autoridades del Estado no es sinónimo del vigor de los derechos humanos. Ella es condición necesaria pero no suficiente para el establecimiento de la vigencia plena de los derechos humanos. La democracia se pervierte si las elecciones se conciben como un mero expediente para la conquista del poder, pero éste se ejerce sin control, fuera del contexto del Estado de Derecho. En ese sentido, la democracia y el Estado de Derecho son presupuestos indisociables para un régimen respetuoso de los derechos humanos.

El abandono de las obligaciones del Estado con relación a los derechos humanos por parte de un gobierno legítimamente electo lo desnaturaliza como régimen democrático, pues lo priva de uno de sus componentes esenciales, al decir del artículo 3 la CDI. La interrogante fundamental consiste dilucidar en qué supuesto, o en qué medida, el abandono de los derechos humanos alcanza tal entidad que debe ser considerada afectada la **esencia** del sistema democrático de gobierno. Violaciones

singulares a los derechos humanos, incluso si no son remediadas mediante los recursos de la jurisdicción interna, no son tema para la aplicación de la CDI, sino para la actuación de los medios domésticos de garantía y, en escala interamericana, para las de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, dentro de sus respectivas esferas de competencia.

No es fácil definir *a priori* la magnitud de las violaciones a los derechos humanos que se requiere para afectar en su esencia a la democracia. Sin embargo, pueden avanzarse algunos criterios. En primer lugar, debe tratarse de una situación **general**, que no pueda ser resuelta a través de la actuación normal de los órganos de derechos humanos del sistema regional, tal como lo sugiere el artículo 8 de la misma CDI⁵⁴. Tomando prestado el lenguaje que en alguna ocasión se ha utilizado dentro del sistema de Naciones Unidas, podría entenderse como situación general aquella que **revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos**.

En rigor, este supuesto debería tenerse por configurado si las instituciones domésticas de **garantía de los derechos humanos** no existen, o han sido cooptadas por los hechores de las violaciones a estos derechos o, de cualquier manera han colapsado o carecen de operatividad práctica. Sin embargo, dada la naturaleza política de la CDI, el umbral podría ser más alto o apuntar hacia la gravedad del cuadro de violaciones a los derechos humanos, que podría depender de los derechos que son objeto de violación sistemática, porque lo que está en tela de juicio, en el plano político, es la supervivencia de la legitimidad democrática

54 “Cualquier persona o grupo de personas que consideren que sus derechos humanos han sido violados pueden interponer denuncias o peticiones ante el sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos conforme a los procedimientos establecidos en el mismo”.

de un gobierno electo al que puedan imputarse violaciones a los derechos humanos. En ese marco, son violaciones singulares de los derechos humanos mientras no pueda establecerse que **por su volumen, conexión, unidad de propósitos, importancia de los bienes jurídicos lesionados**, etc., se corresponden con una política gubernamental incompatible con las obligaciones estatales con respecto a los derechos humanos en una sociedad democrática, al punto de desnaturalizar al gobierno que practica una política semejante y desvirtuar su condición de “gobierno democrático.”

Las violaciones a la CDI deberían desencadenar los procedimientos previstos en los artículos 17 al 22 de la misma, que contienen varios procedimientos de cooperación, para fortalecer un Estado democrático cuyo régimen político está amenazado, y de sanción para aquellos Estados en los que se ha producido la ruptura del orden democrático. Estos procedimientos están a cargo del Consejo Permanente y la Asamblea General y, en menor medida, del Secretario General de la OEA. La composición intergubernamental del Consejo Permanente y de la Asamblea General ha representado un obstáculo insalvable para atender graves violaciones del principio democrático cuando esos atentados han sido perpetrados por el Presidente de la República o han contado con su apoyo.

La CDI ha tenido, pues, una aplicación muy limitada, que puede considerarse decepcionante. Su principal falencia está en carecer de un mecanismo de control que tenga cierto grado de independencia de los gobiernos representados en la OEA. Hasta el momento, sólo ha sido aplicada plenamente al golpe de estado en Honduras contra el Presidente Manuel Zelaya, del 28 de junio de 2009, el cual acarreó la suspensión de ese país como miembro de la OEA, por decisión de su Asamblea General del 4 de julio del mismo año. El mecanismo se había puesto en acción

con motivo del derrocamiento del Presidente Chávez el 11 de abril de 2002, en Venezuela, pero se detuvo al ser restablecido en su cargo dos días más tarde. Fuera de esos supuestos, la OEA ha ignorado la CDI en varios casos graves de intervención de otros poderes públicos y de otras transgresiones graves a sus preceptos por parte de gobiernos elegidos por el pueblo. La CDI se ha limitado a ser un mecanismo de defensa de presidentes electos más que de las instituciones democráticas, tal como se definen en sus artículos 3 y 4, pues su aplicación se ha ignorado cuando es el Poder Ejecutivo el agente de los atentados contra la democracia.

iii. La Unión Africana y la democracia

La UA, por su parte, ha adoptado la Carta Africana de la Democracia, las Elecciones y la Gobernanza (CADEG)⁵⁵, mediante la cual “los Estados Partes asumen el compromiso de promover la democracia, el principio del Estado de Derecho y los derechos humanos” (art. 4(1)). Esta es la única convención internacional regional cuyo propósito es establecer un régimen de cooperación internacional para la promoción y defensa de la democracia. Tiene, pues, plena fuerza obligatoria. Es, además, teóricamente el instrumento más avanzado en sus dispositivos.

La CADEG define los principios que constituyen su marco de referencia (art. 3):

1. El respeto a los derechos humanos y a los principios democráticos.
2. El acceso al poder y su ejercicio, de conformidad con la Constitución del Estado y al principio del Estado de Derecho.

55 En Adís Abeba, Etiopía, el 30 de enero de 2007. La Carta entró en vigor el 12 de febrero de 2012, tras el depósito del decimo quinto instrumento de ratificación por Camerún.

3. La promoción de un sistema de gobierno representativo.
4. La celebración regular de elecciones transparentes, libres y justas.
5. La separación de poderes.
6. La promoción de la igualdad de género en las instituciones públicas y privadas.
7. La participación efectiva de los ciudadanos en los procesos democráticos y de desarrollo y en la gestión de los asuntos públicos.
8. La transparencia y la justicia en la gestión de los asuntos públicos.
9. La condena y la represión de los actos de corrupción, de las infracciones conexas y de la impunidad que con ellas se relaciona.
10. El rechazo y la condena de los cambios de gobierno inconstitucionales.
11. El refuerzo del pluralismo político, en especial por el reconocimiento del papel así como de los derechos y obligaciones de los partidos políticos legalmente constituidos, comprendidos los partidos políticos de oposición, que deben contar con un estatus bajo la ley nacional.

La CADEG establece un compromiso explícito de los Estados parte de “promover la democracia, el principio del Estado de Derecho y los derechos humanos”, y proclama “la participación popular a través del sufragio universal como un derecho inalienable de los pueblos” (art. 4).

La CADEG obliga a los Estados parte a adoptar ciertas medidas de carácter interno para la defensa de la democracia (art. 14), como lo son el control de las fuerzas armadas y de seguridad por el poder civil y el enjuiciamiento para quienes hayan derrocado un gobierno democráticamente elegido por medios inconstitucionales, así como a aquellos que lo hayan intentado. También enuncia situaciones que deben considerarse casos de cambio anticonstitucional de gobierno (art. 23), en especial, el golpe de estado, la intervención de mercenarios para derrocar un gobierno democráticamente electo o el reemplazo de éste por rebeldes o disidentes armados, la negativa del gobierno a entregar el poder al candidato o partido ganador de las elecciones, así como toda reforma constitucional o legal que atente contra el principio de alternabilidad democrática.

Con respecto a las sanciones por los atentados contra la democracia, art. 25), cabe destacar, en primer lugar, que ellas comprenden, pero no se limitan, a la suspensión del Estado concernido, pues muchas de ellas están orientadas hacia los perpetradores de esos atentados, como prohibirles participar en las elecciones organizadas por la restitución democrática ni en puestos de responsabilidad en sus Estados, someterlos a ser juzgados por las cortes competentes de la UA, denegarles asilo, juzgarlos o extraditarlos u otras sanciones que se acuerden, incluidas medidas económicas punitivas. Otra particularidad, es que el órgano encargado de conocer de los atentados contra la democracia y de hacer lo necesario para restablecerla es el Consejo de Paz y de Seguridad de la Unión Africana, establecido por el Protocolo sobre la Creación del Consejo de Paz y de Seguridad de la Unión Africana.

4. Justicia social y derechos humanos: la liberación de la pobreza crítica

La justicia social es una herramienta para la liberación de la opresión que dimana de la pobreza extrema y de la exclusión. Al igual que la autodeterminación, el Estado de Derecho y la democracia, su privación inhabilita al cuerpo social en su conjunto como entorno propicio para la plenitud de los derechos humanos. A propósito de la pobreza extrema generalizada, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha reconocido que “la absoluta pobreza generalizada impide el ejercicio pleno y efectivo de los derechos humanos y debilita la democracia y la participación popular”⁵⁶.

El tema de la pobreza, y muy en particular el de la pobreza crítica, es indisoluble de los derechos humanos⁵⁷, que imperativamente deben ser el eje de un enfoque integral del problema. La estupenda elaboración conceptual sobre los derechos humanos que se ha venido construyendo entre luchas sociales, sustento doctrinario filosófico, jurídico y político y una destacada participación de la comunidad internacional, pierde consistencia cuando se confronta con la realidad de centenares de millones de miserables, de excluidos que ignoran incluso que

56 *Los derechos humanos y la extrema pobreza*, Res. A/RES/61/157, 19 de diciembre de 2006, párr. 4.

57 Cf. Nikken, P., “La pobreza en la perspectiva de los derechos humanos y de la democracia”, en: Caetano, G., y R. Cuéllar (coords.), *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres de América Latina y el Caribe? Democracia y desigualdad (2007-2011)*. IIDH, San José, 2012, págs. 157-208; Decaux, E., y A. Yotopoulos-Marangopoulos (dirs.), *La pauvreté: un défi pour les droits de l’homme*. Éditions A. Pedone, París, 2009; Pogge, T., *World Poverty and Human Rights*, Second Edition. Polity Press, Cambridge, 2008; Pogge, T. (ed.), *Freedom from Poverty as a Human Right. Who owes what to the very poor?* UNESCO/Oxford University Press, Oxford/Nueva York, 2007.

tienen derechos inherentes a su dignidad. Como elocuentemente lo afirmó Imbert hace ya un cuarto de siglo, “el objetivo es contribuir a que los derechos de los pobres dejen de ser pobres derechos”⁵⁸.

La pobreza crítica, como expresión acuciante de la injusticia social, es una fuente notoria de opresión y de violaciones múltiples a los derechos humanos, que atenta a menudo también contra la democracia y el Estado de Derecho e impide una garantía satisfactoria y un grado razonable de goce efectivo de los derechos humanos por el cuerpo social en su conjunto y de cada uno de sus componentes individuales (a). Sin embargo, el enfoque de derechos humanos para los temas de pobreza e injusticia social sólo ha sido aceptado recientemente por la comunidad internacional, que ha mostrado más de una vacilación al respecto (b). Me referiré a estos dos grupos de consideraciones sucesivamente.

a. Pobreza, justicia social, democracia y derechos humanos

i. La pobreza

El fenómeno de la pobreza no es novedoso sino una presencia persistente en la historia. Tampoco es exclusivo de los países débiles o pobres, puesto que grandes potencias mundiales y países comúnmente aceptados como ricos o desarrollados alojan grupos o minorías que la padecen. La pobreza es un componente estructural de la humanidad en su organización social actual. No es un fenómeno natural, pues nadie es pobre por naturaleza, pero sí tiende a ser hereditario, dado que la mayor parte de los

58 Imbert, P.H., “Réflexions sur les droits *économiques*, sociaux et culturels”, *Revue de droit public*, Paris 1989, pág. 739.

pobres que existen sobre la tierra nacieron con esa condición y las perspectivas que les ha ofrecido la sociedad para salir de ella son tan magras que, con la mayor probabilidad, sus hijos también será pobres durante toda su vida.

El vínculo entre pobreza y derechos humanos no se agota en la circunstancia negativa de que la primera se revela al igual como una causa y como consecuencia de múltiples violaciones de estos derechos. También puede encontrarse entre ellos un nexo positivo, puesto que la realización de todos los derechos humanos es una meta que coincide con la de los esfuerzos para erradicar la extrema pobreza y, además, porque la normativa nacional e internacional sobre derechos humanos es un componente esencial del marco jurídico para el combate contra la pobreza.

La pobreza abate todos los derechos humanos y no sólo los económicos sociales y culturales; pero sin alcanzar un nivel mínimo de satisfacción de éstos, es imposible que los pobres dejen de ser pobres. Se trata de un fenómeno multidimensional y complejo, que erosiona todos los derechos humanos y degrada la dignidad humana.

Su definición no es fácil, pues afecta todos los aspectos de la vida y no sólo el económico. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha mostrado su inconformidad con las definiciones de la pobreza determinadas únicamente por la insuficiencia de ingresos mínimos (de uno o dos dólares de los Estados Unidos, por ejemplo) y su preferencia por enunciados más amplios, referidos a la capacidad básica de vivir con dignidad, lo que incluye el hambre, una educación deficiente, la discriminación, la vulnerabilidad y la exclusión social⁵⁹. En

59 Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la pobreza y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

el marco de la Carta Internacional de Derechos Humanos, debe entenderse “como una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”^{60/61}.

Por su lado, los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, adoptados por consenso por el Consejo de Derechos Humanos el 27 de septiembre de 2012, definen la extrema pobreza como “una combinación de escasez de ingresos, falta de desarrollo humano y exclusión social⁶² en que una falta prolongada de seguridad básica afecta a varios ámbitos de la existencia al mismo tiempo, comprometiendo gravemente las posibilidades de las personas de ejercer o recobrar sus derechos en un futuro previsible”⁶³.

En sus conclusiones en la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de Copenhague (1995), Nelson Mandela afirmó que la pobreza crítica es una nueva faz de la esclavitud y del *apartheid*, y en verdad esta afirmación encuentra sustento. Años más tarde afirmó:

Documentos Oficiales del Consejo Económico y Social 2002, Suplemento No. 2 [E/2002/22-E/C.12/2001/17], anexo VII, párr. 7.

60 Ibidem, párr. 8.

61 A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36, 11 de septiembre de 2006.

62 Ese concepto puede encontrarse en el informe presentado por el entonces Experto independiente de las Naciones Unidas sobre la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Sr. Arjun Sengupta: *Los derechos humanos y la extrema pobreza*, E/CN.4/2006/43, 2 de marzo de 2006, párr. 58.

63 La última parte de esta definición parece originarse en el *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy* del 28 de junio de 1996. E/CN.4/Sub.2/1996/13, en especial, anexo III.

Como la esclavitud y el apartheid, la pobreza no es natural. Es obra del hombre y puede ser superada y erradicada por las acciones de los seres humanos.

Y la superación de la pobreza no es un gesto de caridad. Es un acto de justicia. Es la protección de un derecho humano fundamental, el derecho a la dignidad y una vida decente.

Mientras la pobreza persista, no hay verdadera libertad⁶⁴.

Esta aproximación fue desarrollada en el antes Informe Final sobre los Derechos Humanos y la Extrema Pobreza, presentado por el entonces el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy, en 1996, y amerita una especial consideración⁶⁵. La pobreza crítica, como la esclavitud y el *apartheid*, es una causa de opresión que no encuentra fundamento en la naturaleza humana sino que viene impuesta a sectores de la población desde su nacimiento como consecuencia de determinado orden social. En segundo lugar, la pobreza crítica, al igual que la esclavitud y el *apartheid*, se caracteriza por segregar a un sector relevante de la sociedad, especialmente débil y vulnerable, que queda fácilmente expuesto a formas de opresión vinculadas con su utilización abusiva para satisfacer necesidades e intereses que les son ajenos, sin compensación razonable.

64 Discurso en Trafalgar Square, el 3 de febrero de 2005: "Like slavery and apartheid, poverty is not natural. It is man-made and it can be overcome and eradicated by the actions of human beings. And overcoming poverty is not a gesture of charity. It is an act of justice. It is the protection of a fundamental human right, the right to dignity and a decent life. While poverty persists, there is no true freedom".

65 *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy...* párrs. 186-188. Cf. Gerhard, O., "Apartheid-Slavery-Extreme poverty. The Despouy Report". *Revue Quart Monde*, No. 162, Extreme Poverty, The New Face of Apartheid, Année 1997. En la misma publicación, De Vos Van Steenwijk, A.A., "Les hommes qui unissent".

Como acertadamente lo apuntó Nino, la opresión encuentra su fuente a menudo en “la práctica de muchos de utilizar a sus congéneres como otro tipo de recursos, sea para asegurar su propio bienestar, sea para materializar una visión peculiar del bien absoluto”⁶⁶. Se trata de formas abusivas de utilitarismo de otros seres humanos, que encuentra el mejor caldo de cultivo en la existencia de grupos de seres humanos expuestos a la mayor vulnerabilidad, que carecen de todo, incluso de ciudadanía efectiva, desde su nacimiento, y que son insumo natural para la opresión causada por la explotación.

La esclavitud y el *apartheid*, sin embargo, fueron y son objeto de deslegitimación por la comunidad internacional y numerosas convenciones se han suscrito para asegurar su abolición. La opresión que tiene su origen en la pobreza, en cambio, no es considerada por un sector relevante de la comunidad internacional (la mayor parte de los países ricos) como un tema jurídico, y mucho menos como una cuestión de derechos humanos. Este cuadro general de desprecio a la dignidad de centenares de millones de seres humanos es criminal y no admite más postergación en su atención y verdadera solución. Como lo expresó el Papa Francisco en el primer documento de su pontificado, “la necesidad de resolver las causas estructurales de la pobreza no puede esperar, no sólo por una exigencia pragmática de obtener resultados y de ordenar la sociedad, sino para sanarla de una enfermedad que la vuelve frágil e indigna y que sólo podrá llevarla a nuevas crisis”⁶⁷.

66 Nino, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, segunda edición ampliada y revisada. Editorial ASTREA, Buenos Aires, 1989, pág. 1.

67 *Exhortación Apostólica Evangelii Gaudium*, párr. 202.

ii. La justicia social

La justicia social determina que los miembros del cuerpo social pueden vivir e interactuar de manera congruente con la dignidad de la persona humana. La justicia social es una cuestión de derechos humanos⁶⁸, **en un sentido positivo**. En primer lugar, porque implica que el Estado debe organizarse para proteger, respetar, satisfacer y garantizar todos los derechos humanos. En segundo lugar, porque se requiere que toda persona tenga acceso no sólo virtual sino real a los bienes individuales y sociales que están contenidos en los derechos humanos, en particular la vida, libertad, seguridad, acceso a la justicia, participación en los asuntos públicos, el trabajo y un nivel de vida decente, que incluye los niveles mínimos de educación, salud, etc. Tercero, porque implica que el Estado se organice para proteger y defender a todas las personas que sufren violaciones de derechos humanos. En este sentido, la justicia social es más que una distribución equitativa de la riqueza y una cuestión de política y de gasto público. Es una cuestión de organización del Estado y de la sociedad para preservar, dentro de los valores de la democracia, los atributos de la dignidad humana, cuya expresión jurídica son los derechos humanos.

Desde otra perspectiva, entendida **en sentido negativo**, la justicia social también genera consecuencias en materia de derechos humanos. La **injusticia social**, en cuanto acarrea y comprende la exclusión, la pobreza crítica y la privación de bienes sociales fundamentales, implica violaciones de los derechos humanos, que pueden ser de la máxima gravedad.

68 Cf., en general, Burgogue Larsen, L. (dir.), *La justice sociale saisie par les juges d'Europe*. Éditions Pedone, Paris, 2013; Supiot, A., *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*. Éditions du Seuil, Paris, 2010; Lintel, I., A. Buyse y B. Mcgonigel Leyh (eds), *Defending Human Rights: Tools for Social Justice. Volume in honour of Fried van Hoof in his valedictory lecture and the 30th anniversary of the Netherlands Institute of Human Rights*. Intersentia, Cambridge/Antwerp/Portland, 2012.

Una particularidad de los instrumentos fundamentales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos es que establecen un vínculo entre la justicia social y los derechos humanos, cuya importancia no ha sido nunca objeto de examen por la doctrina ni por la práctica de la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos, como órganos del mismo Sistema. Los preámbulos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, reafirman el propósito de las Estados parte “de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de **justicia social**, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre” (énfasis agregado). Una afirmación idéntica se encuentra en el Preámbulo de la Carta de la OEA, mientras la Carta Democrática Interamericana asevera que “los valores y principios de libertad, igualdad y **justicia social** [...] son intrínsecos a la democracia” (Preámbulo, énfasis agregado). La jurisprudencia de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos no ha extraído consecuencias de estas menciones, al menos de manera explícita, pero ellas ofrecen un potencial importante para un enfoque de derechos humanos para la pobreza.

Una sociedad minada por la injusticia social, como ocurre con aquéllas donde existe un volumen exorbitante de pobreza crítica, es una sociedad oprimida cuya liberación se traduce en la conquista de la justicia social, es decir, de la organización de la sociedad de una manera justa, donde sus integrantes pueden vivir e interactuar de manera consistente con la dignidad de la persona humana.

En cuanto a la determinación del volumen crítico de injusticia social o de pobreza necesario para contaminar a la sociedad en su conjunto, me parece apropiado, nuevamente, el

recurso a la vieja fórmula empleada por la extinta Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a la Minorías de la ONU, es decir, un grado de injusticia social que **revele un cuadro persistente de violaciones graves, manifiestas y fehacientemente comprobadas de los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales**. En cuanto a éstos últimos, recordamos que el Comité de DESC ha subrayado que los Estados tienen a su cargo la obligación mínima e inmediatamente exigible, y no condicionada a la existencia de recursos disponibles, “de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”⁶⁹.

iii. La democracia

Desde otro ángulo, la democracia representativa, entendida incluso en su versión minimalista como mero procedimiento para elegir libremente al gobierno, sufre un descalabro como entorno apropiado para el florecimiento de los derechos humanos cuando la pobreza crítica alcanza un umbral relevante en la sociedad, al punto que se desvirtúa como presupuesto de los derechos humanos. Otro tanto puede decirse del Estado de Derecho, incluso si se lo entiende desprovisto de todo componente social.

No cabe hablar con rigor de democracia o de una sociedad democrática si en ella impera la pobreza crítica, la cual, por definición, excluye a los pobres de la participación real en la gestión de los asuntos públicos y del goce de los beneficios de la participación política. Ni tan siquiera en el plano meramente instrumental o procesal, las herramientas de la democracia logran configurar una representación popular que incluya a todos, que se traduzca en la representación de todas las capas

69 Comité DESC, *Observación General No. 3. La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. E/1991/23, 1990, párr. 10.

de la sociedad. Adicionalmente, un concepto de democracia limitado a lo instrumental, a la definición y aplicación de reglas de juego abstractamente idóneas para definir electoralmente el ejercicio del gobierno, puede pervertirse gravemente si renuncia a vincularse estrechamente con los fines del Estado y con la resultante económico-social de las políticas públicas. La democracia no puede reducirse a una cuestión procesal, a un mecanismo de tomar el poder mediante el voto y a organizar formalmente el ejercicio del poder público conforme a reglas de legítima representatividad, pero donde se tiene por dogma que el potencial de cada individuo basta para salvaguardar su dignidad en todas las contiendas que se ventilan dentro del marco formal de la ley, donde se presume de manera irrefragable que la capacidad de superación individual es el antídoto contra todas las desigualdades, de modo que no hay injusticia posible siempre que gane el mejor.

La democracia que no combate con eficacia la exclusión y la pobreza se niega a sí misma. ¿Qué existencia real tiene la democracia en una sociedad oprimida por la pobreza crítica? ¿Qué efectividad real tiene el derecho a elegir y a ser elegido, o a participar en los asuntos públicos directamente? ¿Cómo ejercen los excluidos el derecho de asociación? ¿Por qué medios pueden difundir información, ideas o su propio pensamiento?

Para que el *dictum* de Lincoln, que identificó la democracia como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo, sea una realidad social y política y no una quimera poética, es indispensable erradicar la exclusión masiva que la pobreza crítica acarrea. Un sistema político, como lo es la democracia, no puede desentenderse de los fines del Estado moderno, no puede desentenderse de un compromiso ontológico con el bien común, y la erradicación de la pobreza crítica en una sociedad

que la padece es un imperativo apremiante del bien común⁷⁰. Adicionalmente, la frustración de las esperanzas de los millones de seres humanos que padecen pobreza crítica sobre lo que hará el gobierno representativo para erradicar ese flagelo, rompe el vínculo de la representatividad efectiva y destruye el compromiso colectivo con las instituciones democráticas, creando el caldo de cultivo para su abolición con la aprobación mayoritaria del pueblo pobre.

El Estado de Derecho no sale mejor parado al contrastarlo con la realidad de la pobreza crítica. El Estado es el garante de los derechos humanos y éstos tienen, por lo tanto, una vocación universalizante con respecto a todas las actuaciones del Estado. Son al mismo tiempo límites y lineamientos para el ejercicio del poder público. Por eso choca que se pretenda discernir entre derechos de primera y derechos de segunda a la hora de juzgar el cumplimiento de los deberes y las funciones del Estado con respecto a los derechos humanos, a **todos** los derechos humanos. También luce como un espejismo, y casi como una frivolidad, la noción de imperio de la ley y de Estado garante de los derechos humanos para quien está tan excluido del ámbito del Estado, que ni siquiera sabe que tiene derechos.

iv. Los derechos humanos

El enfoque de derechos humanos para la pobreza no es un tema teórico, meramente reivindicativo o intrascendente. **La mayor forma de opresión de nuestro tiempo es la pobreza extrema.** La pobreza es hoy, por lo mismo, el reto más importante para

70 La Corte Suprema de Canadá, por ejemplo, en su decisión sobre la secesión de Quebec, afirmó que “Democracy is not simply concerned with the process of government. On the contrary, [...] democracy is fundamentally connected to substantive goals”. Supreme Court of Canada, *Reference Re Secession of Quebec*, 20 de agosto de 1998, párr. 64.

los derechos humanos y “el mayor desafío al que hace frente el mundo en la actualidad”, según lo ha reconocido la Asamblea General de las Naciones Unidas⁷¹.

Como garante último de los derechos humanos, el Estado está naturalmente llamado a responder por las violaciones a los derechos humanos ocurridas dentro de su jurisdicción. Asimismo, lo que está en juego no son meras aspiraciones de los pobres sino **derechos humanos**. ¿Puede afirmarse la existencia de un derecho individual a no ser pobre? Me inclino por una respuesta negativa, como lo sería si la pregunta estuviera referida a un derecho individual a vivir en un Estado soberano y no en un territorio colonial, o un derecho individual a vivir en democracia o bajo un Estado de Derecho. Tampoco es evidente que, en todos esos casos, exista un derecho individual a la autodeterminación, la democracia o el Estado de Derecho, pero es claro que la privación de esos entornos impide, así sea virtualmente, la garantía satisfactoria y el razonable goce efectivo de los derechos humanos, tanto por el cuerpo social en su conjunto como por cada uno de sus componentes individuales, incluso aquéllos que no sufren violaciones concretas en sus derechos humanos por obra del colonialismo, la tiranía o la arbitrariedad.

La democracia y el Estado de Derecho (aun en su concepto original o tradicional), por su parte, no son fórmulas acabadas, que se conquistan por el solo hecho de elegir el gobierno o tener un régimen constitucional formal que consagre la separación de poderes, el principio de legalidad, la supremacía de la Constitución y la garantía de los derechos humanos. Democracia y Estado de Derecho están sujetos al deterioro hasta llegar a ser fachadas de regímenes antidemocráticos o arbitrarios. La determinación del grado crítico de ese deterioro es una cuestión

71 Cf., por ejemplo, Resolución A/RES/60/209, 17 de marzo de 2006, párr. 2.

de *quantum*, hasta el punto en que los factores negativos suman una masa crítica que desvirtúa la democracia o el Estado de Derecho y que no es fácil definir *a priori*, sino en cada caso.

Algo parecido ocurre con la justicia social o, si se quiere, con la injusticia social. Cuando la injusticia social alcanza un volumen crítico, en cuya determinación la masa de pobreza extrema es determinante, el cuerpo social en su conjunto queda afectado por la patología de la opresión, la desigualdad y la discriminación. Al mismo título que la autodeterminación, que la democracia y el Estado de Derecho (establecido plenamente o con un promedio aceptable de vigencia de sus componentes esenciales), la justicia social, en un nivel mínimo compatible con la dignidad humana, es presupuesto o condición sin el cual no es virtualmente posible la garantía satisfactoria ni el razonable goce efectivo de los derechos humanos, tanto por el cuerpo social en su conjunto como por cada uno de sus componentes individuales, incluso aquéllos que no sufren violaciones concretas en sus derechos humanos por obra de la injusticia social.

La liberación de la pobreza no agota en ese punto su vínculo con los derechos humanos. En una dimensión individual, puede afirmarse **un derecho a la oportunidad de salir de la pobreza en condiciones de igualdad y no discriminación, e igualmente un derecho a ser protegido contra las consecuencias de la pobreza sobre los derechos humanos**. No se trata, es verdad, de nuevos derechos, sino de expresiones particulares de derechos universales cuyo efectivo goce se deniega a los más pobres. Como lo ha afirmado Emmanuel Decaux, “no se trata de inventar nuevos derechos para los pobres, sino de hacer verdaderamente efectivos para todos los derechos proclamados

en los grandes textos”⁷². Tampoco se trata de reconocer privilegios, de promover discriminación positiva o políticas asistenciales a menudo contagiadas de clientelismo político. El objeto de la acción de los Estados no ha de ser el de tratar a los pobres como un **objeto de medidas** de ayuda, de socorro y de control, sino como **sujetos de derecho** que, con su participación y su propio esfuerzo, encuentren la oportunidad de salir de la exclusión y ser ciudadanos a parte entera.

Si el tema de principios es claro, el práctico dista de serlo. Los derechos humanos vulnerados por la pobreza son bienes que han ocupado la atención de la comunidad internacional organizada y de la sociedad civil por más de medio siglo. Existen mecanismos de protección que no han logrado dar su respuesta al flagelo de la pobreza. La **garantía** requerida para que esos atributos sean verdaderamente salvaguardados, implica la determinación de la **responsabilidad** en sentido jurídico, que en el caso de los derechos humanos y sus violaciones corresponde a los Estados. Esta ha sido, sin duda, una de las razones por las cuales los gobiernos han ofrecido resistencia para aceptar un enfoque de derechos humanos para la pobreza. Me ocupo del tema de inmediato.

b. La pobreza en los sistemas internacionales de derechos humanos

i. Antecedentes

La vinculación necesaria e inexcusable entre pobreza y derechos humanos se ha revelado incómoda para los gobiernos. Teniendo presente el volumen de opresión contra la persona

72 Decaux, E., “Les droits des pauvres: une pierre blanche sur un long chemin”, *Revue des droits fondamentaux* No. 5, París, enero-diciembre de 2005.

humana que la pobreza entraña y la función ontológica de los derechos humanos como herramienta para la liberación de la opresión, es repudiable la resistencia que han ofrecido los Estados para reconocer la pobreza como una causa de violación masiva de los derechos humanos. Durante varios años, los órganos y expertos de las Naciones Unidas insistieron en que, para acometer el combate contra la pobreza, es imperativo un enfoque de derechos humanos, pero los Estados, vale decir, los gobiernos, en su conjunto, ofrecieron tenaz resistencia a aceptar ese enfoque. Según lo informó a la Asamblea General de las Naciones Unidas el entonces Relator Espacial, Sr. Sengupta, “aunque la comunidad internacional de derechos humanos ha intentado en muchas ocasiones invocar estas fuentes del Derecho Internacional para obtener el reconocimiento de los derechos y sus correspondientes obligaciones, especialmente los relativos a la eliminación de las condiciones de pobreza en el mundo, **la mayoría de los gobiernos no lo han considerado aceptable**”⁷³.

Los gobiernos, en cambio, estuvieron dispuestos a aceptar declaraciones en las que se exprese que “la extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana”⁷⁴, o que “las personas que viven en la extrema pobreza **tienen derecho a disfrutar plenamente de todos los derechos humanos**, incluido el de participar en la adopción de las decisiones que les conciernen y contribuir al bienestar de su familia, su comunidad y la humanidad”⁷⁵ (énfasis añadido). Lo que no estuvieron dispuestos a suscribir es que la pobreza constituye un marco de privación y violación múltiple y continua

73 Sengupta A., *Los derechos humanos y la extrema pobreza...* párr. 47.

74 Proyecto de principios rectores “Extrema pobreza y derechos humanos: los derechos de los pobres”, A/HRC/2/2-A/HRC/Sub.1/58/36, 11 de septiembre de 2006, **párr. 2**.

75 *Ibidem*, párr. 4.

de los derechos humanos de quienes la padecen. No dejaba de ser una ironía que se reconociera que se viola la dignidad de los pobres pero no sus derechos, cuando un componente cardinal de la esencia de los derechos humanos es que son inherentes a la dignidad de la persona humana. Afirmar que la dignidad de la persona ha sido violada y no admitir que los derechos humanos aparejados a esa dignidad han sido vulnerados lo que implicaba, en el fondo, era pretender que las lesiones a la dignidad humana que derivan de la pobreza crítica son una materia ajena a las obligaciones del Estado como garante de los derechos humanos. Esto supone una contradicción flagrante con el fin del Estado como guardián del bien común, obligado como tal a proteger a los débiles frente a toda vulneración de su dignidad que obedezca a la debilidad de la víctima por su posición en la sociedad o en el Estado. Peor aún, adicionalmente se afirmaba, como una suerte de concesión de suyo inaceptable, que los pobres tienen derecho a disfrutar de todos los derechos humanos. ¡Cómo si pudieran no tenerlo! El tema no es el del reconocimiento de los derechos humanos de los pobres, que es un hecho adquirido para todo ser humano desde hace más de dos siglos. El problema es el de la efectividad y no el de la virtualidad de los derechos humanos. Del ejercicio tangible y no de la titularidad formal, que por sí misma, no es un escudo frente al ultraje a la dignidad de la persona humana y de sus atributos, implicado en la pobreza extrema⁷⁶.

Pero el debate orientado por las Naciones Unidas⁷⁷ no ha sido estéril. La Subcomisión de Promoción y Protección de los

76 Cf. *Informe final sobre los derechos humanos y la extrema pobreza presentado por el Relator Especial, Sr. Leandro Despouy...* párr. 176.

77 En particular, por la Alta Comisionada de Derechos Humanos y por los Relatores Especiales sobre Pobreza, Sr. Sengupta y Sra. Sepúlveda, sin olvidar la contribución inicial del Sr. Despouy, que determinó los parámetros del debate subsiguiente.

Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó, el 24 de agosto 2006, el Proyecto de Principios Rectores sobre Extrema Pobreza y Derechos Humanos: los Derechos de los Pobres⁷⁸. Ese proyecto mantuvo, en lo esencial, el léxico aludido de la Asamblea General y se refería varias veces a las “violaciones a la dignidad humana” acarreadas por la pobreza⁷⁹.

El Preámbulo del Proyecto sugería un enfoque de derechos humanos, cuando en dos ocasiones afirma que la pobreza extrema “constituye una negación de los derechos humanos”; también se agrega en el Preámbulo que “en ciertas situaciones puede constituir una amenaza para el derecho a la vida”. Sin embargo, estas últimas expresiones también revelan cómo se evitaba utilizar la conocida terminología jurídica que llama por su nombre a las **violaciones** de los derechos humanos, sin refugiarse tras el burladero de la ambigüedad determinado por las **negaciones** o las **amenazas** a los derechos humanos⁸⁰.

78 A/HRC/2/2 A/. HRC/Sub.1/58/36 de 11 de septiembre de 2006. El Proyecto fue preparado por un Grupo de Expertos *ad hoc*, está integrado por la Sra. Iulia Antoanella Motoc (Rumania) por Europa oriental, el Sr. José Bengoa (Coordinador) (Chile) por América Latina, el Sr. Emmanuel Decaux (Francia) por Europa occidental, el Sr. El-Hadji Guissé (Senegal) por África, y el Sr. Yozo Yokota (Japón) por Asia.

79 Por ejemplo, el párrafo 3 del Proyecto de Principios Rectores expresa: “**La extrema pobreza y la exclusión social constituyen una violación de la dignidad humana**, por lo que se debe dar prioridad a la adopción de medidas en los planos nacional e internacional para eliminarlas” (énfasis añadido).

80 El Comité de DESC ya había mostrado una cautela parecida en su ya aludida Declaración de 2001, en la que afirma que la pobreza es una “negación de los derechos humanos” (párr. 1) y que las estadísticas sobre la pobreza “denotan violaciones masivas y sistemáticas de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos” (párr. 4). Sin embargo, la Declaración se cuidó de afirmar que la pobreza es una violación de los derechos humanos.

Las expresiones que califican la pobreza como una “amenaza” o una “negación” de los derechos humanos o una “ofensa a la dignidad humana” no agregan mucho, conceptualmente, sobre las consecuencias jurídicas de la pobreza. Nadie puede discutir, por más que no lo dijera ninguna declaración internacional que **la extrema pobreza y la exclusión social** ofenden la “dignidad humana”; ni que los pobres tienen derechos humanos y el derecho a disfrutarlos. Tampoco que la pobreza extrema sea una negación de los derechos humanos y a menudo una “amenaza” (y mucho más que una amenaza, por cierto), contra la vida misma de quienes la padecen.

El Proyecto de Principios Rectores aprobado en 2006 mantenía, pues, ambigüedades, seguramente impuestas por los límites de lo que los Estados estaban dispuestos a aceptar, pero tuvo gran mérito y marcó el inicio de una inflexión histórica. En primer lugar, fue un punto de partida para un enfoque de derechos humanos para el tema de la pobreza, sobre el cual aún no se habían alcanzado niveles aceptables de consenso. En segundo lugar, implicaba expresamente a los dos Pactos fundamentales de Naciones Unidas con los derechos de las personas que viven en extrema pobreza. En tercer lugar, abordaba de manera sistemática el tema de la discriminación y la estigmatización de quienes padecen la pobreza extrema. En cuarto lugar, contenía referencia a ciertos temas críticos, como el derecho de participación de los pobres en los programas contra la pobreza; la situación especial de la pobreza como forma de estigmatización y discriminación; el derecho a la identidad; el derecho a formar y mantener una familia; el derecho de los pobres a medidas especiales destinadas a proteger su vida e integridad frente a la violencia que se ejerce contra ellos y los abusos de policías y otros agentes del Estado; la dignidad, la vida privada,

la integridad, el honor y la reputación de los pobres; el derecho a la alimentación, a la salud, al agua potable, a la vivienda, a la educación y a la cultura, al trabajo, a la justicia, etc.

ii. Los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos

El debate que siguió al Proyecto, bajo la dirección de la Relatora Especial, Sra. Magdalena Sepúlveda, y de la Alta Comisionada de Derechos Humanos, condujo a la adopción por consenso en el Consejo de Derechos Humanos, el 27 de septiembre de 2012, de los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos⁸¹. Como lo manifestó la Relatora Especial al presentar el proyecto definitivo al Consejo de Derechos Humanos, los Principios Rectores proporcionan “una orientación práctica sobre el modo de hacer operativas las obligaciones de los Estados en relación con el respeto, la protección y el cumplimiento de los derechos de las personas que viven en la extrema pobreza, un sector de la población general con frecuencia olvidado y, en cierta medida, invisible”⁸².

• Un enfoque de derechos humanos

Los Principios Rectores expresan con claridad un enfoque de derechos humanos para la pobreza:

81 Resolución 21/11, A/HRC/21/L.20, 27 de septiembre de 2012.

82 Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza, Magdalena Sepúlveda Carmona, sobre el proyecto de principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, A/HRC/15/41, 6 de agosto de 2010, párr. 9.

- Declaran sin ambigüedad que se trata de un tema de derechos humanos: “La pobreza es en sí misma un problema de derechos humanos urgente. A la vez causa y consecuencia de violaciones de los derechos humanos, es una condición que conduce a otras violaciones” (párr. 3).
- Orientan la definición de la naturaleza jurídica del tema: “erradicar la extrema pobreza es no solo un deber moral, sino también una obligación jurídica en el marco de la normativa internacional de derechos humanos vigente” (párr. 1).
- Reconocen que el combate contra la pobreza se enmarca dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: “La puesta en práctica de los Principios Rectores debe considerarse, pues, como parte de las obligaciones que tienen los Estados en virtud del derecho internacional” (párr. 13). Los Estados son, por lo tanto, quienes están obligados a respetar, proteger, satisfacer y garantizar los derechos humanos. La Relatora Especial, en el Informe con el cual consignó el proyecto final de Principios Rectores ante el Consejo de Derechos Humanos, definió la clase de obligaciones a cargo de los Estados, sobre la base de conceptos establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁸³ y propuestos hace ya tiempo en la doctrina⁸⁴. Según esto, las obligaciones de los Estados de cara a los derechos

83 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 12, párr. 15. El mismo concepto fue reiterado en las Observaciones Generales números 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 21.

84 Cf. Van Hoof, F., “The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views”, en: Alston, P., y K. Tomasevski (eds.), *The Right to Food*. Utrecht, 1984, También Shue, H., *Basic Rights: Subsistence, Affluence and US Foreign Policy*. Princeton University Press, Princeton, Nueva Jersey, 1996.

humanos a los que se refieren los Principios Rectores, comprenden los deberes de **respetar**, **proteger** y **cumplir**. La obligación de **respetar** requiere que los Estados se abstengan inmediatamente de actuar de forma tal que se genere o exacerbe la extrema pobreza. La obligación de **proteger** impone a los Estados el deber de prevenir las violaciones de los derechos humanos de las personas que viven en la extrema pobreza mediante la regulación de la actividad de los actores no estatales, en orden a preservar esos derechos humanos frente acciones u omisiones de terceras partes que puedan amenazarlos o violarlos. La obligación de **cumplir** requiere que los Estados realicen acciones positivas para facilitar el disfrute de los derechos humanos, incluyendo la creación de mecanismos institucionales para evitar las violaciones de los derechos humanos⁸⁵.

- **Ciertos principios esenciales**

Los Principios Rectores definen asimismo, los principios esenciales en un enfoque basado en los derechos humanos que deben proporcionar las bases para la elaboración y aplicación de todas las políticas públicas relacionadas con la reducción de la pobreza o que afecten a las personas que viven en la pobreza:

85 Informe de la Experta independiente encargada de la cuestión de los derechos humanos y la extrema pobreza... párr. 16. En lo personal, me inclino por una clasificación tetrapartita de esas obligaciones: respetar, proteger, satisfacer y garantizar, pero es cuestión de matices. Cf. Nikken, P., “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, Revista IIDH, No. 52. IIDH, San José, 2010, págs. 129-132.

- El respeto de la dignidad inherente de las personas que viven en la pobreza debe ser la base de todas las políticas públicas (párr. 15).
- La extrema pobreza es una clara ilustración de la indivisibilidad, relación mutua e interdependencia de los derechos humanos, ya que las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas a diario a violaciones de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que interactúan entre sí y se refuerzan mutuamente, con efectos devastadores (párr. 16).
- Ninguna política, en ningún ámbito, debe agravar la pobreza o tener un efecto negativo desproporcionado en las personas que viven en ella (párr. 17).

- **Condiciones de aplicación: obligaciones generales de los Estados**

Bajo el título general de “condiciones de aplicación”, los Principios Rectores enuncian varias obligaciones generales de los Estados. Se advierte (párr. 48) que “los Estados tienen la obligación inmediata de adoptar medidas para hacer plenamente efectivos los derechos económicos, sociales y culturales” y, en todo momento, de garantizar “por lo menos los niveles esenciales mínimos de todos los derechos”. Se recuerda asimismo que, si bien dentro de ciertas condiciones y cuando los recursos disponibles así lo impongan, estos derechos son de realización progresiva, las medidas regresivas deliberadas están prohibidas y “sólo están permitidas en casos excepcionales y con carácter temporal”. También se estipula que “los Estados deben poder demostrar que han adoptado medidas concretas para combatir la pobreza y probar que lo han hecho hasta el máximo de los

recursos de que disponen, con inclusión de la asistencia y la cooperación internacionales”. Todo ello expresa conceptos bien establecidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Estas obligaciones generales son las siguientes:

- **Los Estados deben adoptar una estrategia nacional integral para reducir la pobreza y la exclusión social.** La estrategia de reducción de la pobreza debe basarse en los derechos humanos e integrar a quienes viven en la pobreza, en su diseño y aplicación. La estrategia debe contener plazos y un plan de aplicación bien definido que incluya las consecuencias presupuestarias necesarias, las autoridades y organismos responsables de su aplicación y el establecimiento de los recursos y mecanismos de denuncia adecuados para los casos de incumplimiento.
- **Los Estados deben velar por que las políticas públicas otorguen la debida prioridad a las personas que viven en la extrema pobreza.** Las políticas públicas y la asignación de recursos deben otorgar la debida prioridad a los derechos humanos de las personas que viven en la extrema pobreza (párr. 51). En particular, las medidas excepcionales que adopten los Estados para la recuperación de las crisis económicas o financieras no deben negar ni infringir los derechos humanos de los grupos más desfavorecidos y deben ser amplias y no discriminatorias. Deben asegurar una financiación sostenible de los sistemas de protección social a fin de mitigar las desigualdades y garantizar que los derechos de los individuos y grupos desfavorecidos y marginados no se vean afectados en medida desproporcionada (párr. 54).

- **Los Estados deben garantizar que las instalaciones, los bienes y los servicios necesarios para el disfrute de los derechos humanos estén disponibles y sean accesibles, adaptables, asequibles y de buena calidad.** Estas instalaciones, bienes y servicios deben ser asequibles a las personas que viven en la pobreza y de la mejor calidad posible. Nadie debe verse privado de su acceso por no poder pagarlas y, en algunos casos, como la educación primaria, deben proporcionarse gratuitamente. El Estado debe protección a los usuarios frente a los posibles abusos por parte de los proveedores de servicios (párrs. 56-60).

- **Los Estados deben garantizar la coherencia de las políticas.** “Los Estados deben tener en cuenta sus obligaciones internacionales de derechos humanos al concebir y aplicar todas las políticas, incluidas las políticas tributarias, fiscales, monetarias, ambientales, de comercio internacional y de inversión. [...] Antes de concertar cualquier acuerdo internacional, o de aplicar cualquier medida de política, los Estados deben evaluar si es compatible con sus obligaciones internacionales de derechos humanos” (párr. 61).

- **Ciertos derechos específicos**

Los Principios Rectores prestan especial atención a ciertos derechos específicos (párrs. 62-90) por considerar que su disfrute por quienes viven en la pobreza es particularmente limitado o está especialmente menoscabado, y respecto de los cuales los Estados tienen con frecuencia políticas inadecuadas o contraproducentes. Su enunciado no pretende ser un resumen ni una declaración del contenido fundamental de cada derecho, y debe interpretarse y aplicarse con arreglo a las obligaciones

existentes en virtud del derecho nacional e internacional. El propósito de ese enunciado es el de ofrecer orientación sobre la forma de respetar, proteger y hacer efectivos esos derechos para quienes viven en la pobreza. Me limito a enumerar esos derechos, que son comentados en el texto de los Principios Rectores:

- Derecho a la vida y a la integridad física.
- Derechos a la libertad y la seguridad de las personas.
- Derecho a igual protección ante la ley, igual acceso a la justicia y medios de reparación efectivos.
- Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica.
- Derecho a la vida privada y a la protección del domicilio y la familia.
- Derecho a un nivel de vida adecuado.
- Derecho a una alimentación y nutrición adecuadas.
- Derecho al agua y el saneamiento.
- Derecho a una vivienda adecuada, seguridad de la tenencia y prohibición del desalojo forzoso.
- Derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.
- Derecho al trabajo y derechos en el trabajo.
- Derecho a la seguridad social.
- Derecho a la educación.
- Derechos a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones.

- **Obligaciones de asistencia y cooperación internacionales**

El enfoque de la cooperación internacional contenido en los Principios Rectores es también de derechos humanos. No se limita a la cooperación clásica, prevista en los artículos 55 y 56 de la Carta y en otros instrumentos, orientada hacia la transferencia de recursos, sino que pone el énfasis en las obligaciones que tienen todos los Estados en materia de derechos humanos. Con respecto a la primera vertiente, se establece que los Estados que estén en condiciones de hacerlo, deben prestar cooperación y que los Estados que la necesiten están obligados a solicitarla (párrs. 93 y 94).

Por otra parte, se advierte que los Estados están obligados a “evitar las conductas que puedan crear un riesgo previsible de menoscabo del goce de los derechos humanos por las personas que viven en la pobreza fuera de sus fronteras, y realizar evaluaciones de los efectos extraterritoriales de las leyes, políticas y prácticas” (párr. 92). Los Estados, incluso como miembros de una organización internacional, están obligados a “determinar el posible efecto en los derechos humanos, incluidos los de las personas que viven en la pobreza, de las medidas acordadas a nivel internacional” (párr. 97).

Igualmente se declara que los Estados “deben adoptar medidas deliberadas, concretas y orientadas, ya sea individual o colectivamente, para crear un entorno internacional propicio a la reducción de la pobreza, en particular en las cuestiones relacionadas con el comercio bilateral y multilateral, la inversión, la tributación, las finanzas, la protección ambiental y la cooperación para el desarrollo. Esto significa cooperar también con el fin de movilizar el máximo de recursos disponibles para la realización universal de los derechos humanos” (párr. 96).

- **Balance**

Me he detenido especialmente en la consideración de los Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, en primer lugar, porque los mismos confirman con creces la afirmación contenida en este trabajo, que sitúa a la justicia social, al menos en el grado de superar la pobreza crítica o extrema, como uno de los presupuestos para que una sociedad determinada pueda alcanzar la plenitud de disfrute de los derechos humanos y, a la inversa, que la injusticia social caracterizada por la pobreza crítica generalizada es una causa de opresión sistémica que impide esa plenitud. Adicionalmente, los Principios Rectores constituyen un logro indiscutible en la lucha contra la violación masiva de los derechos humanos que acarrea la pobreza, en particular la pobreza extrema o crítica. Los Principios expresan con claridad un enfoque de derechos humanos para el fenómeno de la pobreza y el hecho de que se hayan aprobado por consenso en el Consejo de Derechos Humanos marca un hito frente a la resistencia de los Estados a aceptar dicho enfoque. En el corto plazo, ellos proporcionarán a las víctimas y a los órganos nacionales e internacionales de derechos humanos una guía amplia muy bien fundamentada conceptualmente para la protección de los derechos humanos de las personas que viven en la pobreza.

Se trata, pues, de un gran avance, en la dirección correcta. Pero no todos los temas están agotados. Hay uno fundamental, el de la **responsabilidad**, que sólo ha sido abordado parcialmente. Los Principios establecen casos de responsabilidad por ciertos hechos ilícitos de los Estados a la prestación de servicios públicos, los programas de reducción de la pobreza y la asignación de recursos en contravención con las normas de derechos humanos (párr. 46); también por hechos ilícitos de terceros, particularmente las empresas (párr. 102). Se reitera

asimismo la obligación de los Estados de proporcionar recursos y medios de reparación efectivos frente a las violaciones de todos los derechos humanos, incluidos los derechos económicos, sociales y culturales (párr. 68.i). Sin embargo, esos casos de responsabilidad por violación a los derechos humanos atienden más bien a violaciones puntuales o a hechos determinados y parecen referidos a las víctimas particulares de esos hechos. A mi modo de ver, queda pendiente el tema de la pobreza en sí como hecho potencialmente generador de responsabilidad.

En efecto, la noción de **responsabilidad** es el componente capital de la protección internacional de los derechos humanos. Un atentado a la dignidad humana, como valor moral, no entraña consecuencias para el perpetrador, pero una ofensa a los derechos humanos, precisamente por ser derechos de la víctima, acarrea la responsabilidad, en sentido legal o jurídico, del infractor o de quien esté obligado a repararla. El enfoque de derechos humanos impone identificar al responsable o responsables o, al menos, del sujeto obligado a reparar las consecuencias de la lesión sufrida (si pensáramos en una solución basada en la responsabilidad objetiva). Este concepto, sin duda, comporta delicados y difíciles problemas. ¿Quién responde frente a los pobres y la pobreza y sobre qué bases jurídicas? Precisamente en esto radica el gran salto cualitativo implicado en la aparición histórica de los derechos humanos. Desde ese momento las ofensas a los valores de la dignidad de la persona caracterizados como derechos inalienables que le pertenecen, dejó de ser un mero pecado para configurarse en un hecho jurídicamente ilícito, que debe ser tratado como tal por el orden jurídico-político del Estado y por la comunidad internacional.

En ese marco debemos formularnos varias preguntas y tratar de encontrar caminos para responderlas: ¿es la pobreza únicamente un problema social grave y una inmoralidad en el

plano humanitario, o es un hecho jurídicamente reprochable e ilícito en cuanto priva a quienes la sufren de los bienes jurídicos protegidos por los derechos humanos? Y, de ser un hecho jurídicamente ilícito, ¿quién es el responsable de la infracción, quién repara y cómo se repara el daño causado por la pobreza? ¿Cuál es el evento generador de la pobreza como fuente de violación de los derechos humanos? ¿Quiénes son titulares de deberes con respecto a la erradicación de la pobreza y a qué título? ¿Cabe establecer un régimen de responsabilidad objetiva con respecto a la pobreza? ¿Cuáles son las modalidades específicas de la reparación por las violaciones a los derechos humanos que la pobreza acarrea? ¿De qué manera puede garantizarse que los pobres tendrán acceso a los mecanismos para hacer valer la responsabilidad? ¿Qué particularidades debe tener la reparación para que cumpla su finalidad restitutoria de los daños causados?

Obviamente, las causas de la pobreza y los remedios que puedan arbitrarse para remediarla, son temas complejos y responden a múltiples sujetos.

Es necesario indagar sobre las interrogantes que el tema plantea. Primero, porque el Estado contemporáneo está obligado a respetar, garantizar, proteger y satisfacer los derechos humanos, obligaciones que se incumplen si se ignoran las ofensas a sus derechos fundamentales que sufren las personas que viven bajo la pobreza a causa de ésta. El problema conceptual y práctico que aún no ha sido descifrado es: ¿quién responde por las violaciones a los derechos humanos que acarrea la pobreza extrema? ¿Quién responde por los derechos de los pobres?⁸⁶ Sin embargo, debe reconocerse que sobre el tema de la pobreza y su enfoque de derechos humanos queda todavía una lista de

86 Cf., en general, Caetano, G., y R. Cuéllar (coords.), *¿Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres de América Latina y el Caribe?...*

preguntas, teóricas y prácticas, mucho más larga que la lista de respuestas. Pobreza extrema y derechos humanos es el gran tema y el gran desafío conceptual, empírico y político del quehacer en materia de derechos humanos en el presente. Todas las conquistas alcanzadas con el progreso de la forma democrática de gobierno y la abolición de las dictaduras militares son frágiles y verán cuestionada su utilidad si la catastrófica situación de los derechos humanos de las centenas de millones de seres humanos que padecen de pobreza extrema no es atendida con el mismo sentido de urgencia en los resultados con la que se emprendió la tarea de restablecer la democracia y el pleno ejercicio de los derechos individuales y las libertades públicas. Para ese fin, es necesario crear y sembrar la conciencia de que cuando hablamos de la pobreza y su erradicación, también estamos hablando de los derechos humanos, de su protección, de su respeto, de su satisfacción y de su garantía y de las obligaciones correspondientes de los Estados en este ámbito. También estamos hablando, en fin, de la democracia misma y su consolidación.

Autodeterminación, Estado de Derecho, democracia y justicia social son presupuestos para la efectividad de los derechos humanos porque éstos son inherentes a la dignidad de la persona, y a falta de esos presupuestos el ser humano no vive ni convive en condiciones cónsonas para esa dignidad. Ellos son presupuestos de los derechos humanos porque son también los pilares de una sociedad liberada de la opresión, donde ella misma y sus componentes individuales están efectivamente facultados para ser los dueños de su destino.

La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma

*Elizabeth Odio Benito**

Breve presentación

Por años, que se convirtieron en siglos, la comunidad internacional quiso establecer una corte penal permanente que pusiera fin a la impunidad de los responsables de los graves crímenes internacionales cometidos durante los conflictos armados. El anhelo de juristas y defensores del principio de legalidad internacional, finalmente se concretó en julio de 1998.

Durante seis semanas, entre junio y julio de 1998, se celebró en Roma la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios, convocada por las Naciones Unidas con el propósito de aprobar un tratado internacional que comprendiera la creación de una corte penal internacional. Simultáneamente, se quería aprobar la primera condificación de los crímenes internacionales, que para entonces formaban parte del Derecho Internacional, del Derecho Humanitario y de los usos y costumbres de la guerra.

A Roma llegaron cientos de delegaciones de gobiernos miembros de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), organizaciones intergubernamentales, observadores internacionales, organizaciones no gubernamentales, feministas académicas y activistas, académicos universitarios, entre otros.

* Ex Magistrada de la Corte Penal Internacional y del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia.

En resumen, más de cinco mil personas de variadas procedencias, formaciones profesionales, experiencias y creencias religiosas, que participarían en los debates y tratarían de alcanzar el consenso, sin el cual la aprobación del tratado sería imposible.

Los documentos que sirvieron como base para las discusiones en Roma habían sido preparados por el Comité Preparatorio (PrepCom, por sus siglas en inglés) cuya integración siguió las reglas y costumbres de las Naciones Unidas al organizar eventos mundiales de esta magnitud y trascendencia.

El PrepCom y sus diversos grupos de trabajo contaron durante sus sesiones con muchos de los delegados, observadores y activistas que luego irían a Roma. Entre los documentos enviados a Roma era fundamental el último borrador del estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, en el cual se incluían los aportes que venían de la jurisprudencia de los tribunales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda. Esta jurisprudencia fue determinante para que se reconocieran los crímenes de violencia sexual y se incluyera en el estatuto final una inédita perspectiva de género.

Lo que ocurrió durante los trabajos del PrepCom y, en especial, cómo se desarrollaron los debates en Roma hasta la madrugada del 18 de julio de 1998, merece ser recogido por la historia del Derecho Penal Internacional.

Cuando el tratado fue aprobado y el Estatuto de Roma se convirtió en parte de la Ley Internacional, un nuevo paradigma de justicia penal internacional vio la luz. Éste incluía los derechos de las mujeres víctimas de los atroces crímenes de guerra que por siglos, quedaban impunes. Una justicia que debía ser impartida por una corte donde el equilibrio de hombres y mujeres en sus distintos órganos era la norma, y donde la perspectiva de género

se convertía en un mandato para el funcionamiento y aplicación de las normas.

Este breve ensayo se dedica a repasar algunos de los momentos culminantes de ese proceso, que cambió el rumbo del Derecho Internacional y que hizo posible lo que hasta entonces había sido un sueño.

Sumario

Para alcanzar los objetivos de estas reflexiones, muy personales, empiezo con los antecedentes históricos de los crímenes de violencia sexual que ocurren en todos los conflictos armados: las violaciones, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado y todas las manifestaciones imaginables de la maldad contra la dignidad y la libertad de las mujeres, eran practicadas impunemente. Nada se hacía para evitarlas ni para sancionar a los responsables.

Esta aberración moral y jurídica empezó a cambiar en la segunda mitad del siglo XX, con el establecimiento de dos tribunales penales internacionales *ad hoc* – el creado para los crímenes de guerra cometidos en la antigua Yugoslavia y el que juzgó a los responsables del genocidio en Ruanda. Hasta entonces, el Derecho Internacional Humanitario (los convenios de Ginebra de 1948 y sus protocolos) no protegía ni sancionaba los crímenes de violencia sexual. Ambos tribunales *ad hoc* fueron creación del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 1993 y 1994, respectivamente, al amparo del Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Para completar los antecedentes que forman parte de nuestro repaso, se recuerdan los avances que en materia de género

ya existían dentro de la corriente de las Naciones Unidas, procedentes de sus conferencias mundiales e instrumentos internacionales adoptados antes de 1998.

La segunda parte se dedica a las discusiones en Roma para que en el Estatuto figuraran los crímenes de violencia sexual y los pormenores de las dificultades que hubo que vencer. Aquí se recuerdan, con algún detalle, las dificultades existentes para que el crimen de “embarazo forzado” figurara correctamente definido en el Estatuto, y que no se le sustituyera por otra figura, llamada “impregnación forzada”. El cambio de un crimen grave por otro menor fue la pretensión de un grupo de Estados, encabezados por el Vaticano y los Estados árabes fundamentalistas. Según este grupo, “embarazo forzado” no era un crimen internacional sino una exigencia que facilitaría a los Estados parte del futuro tratado la autorización de leyes que permitieran el aborto.

En el tercer apartado se recuerdan los episodios más sobresalientes de las batallas contra los prejuicios y estereotipos de quienes confundían “género” con homosexualidad. Se agregan también, referencias a lo que hubo que explicar para que los mismos grupos pudieran distinguir “sexo” de “género”, y las concesiones que hubo que hacer para alcanzar el consenso en la tautológica definición de “género” que al final se incluyó en el punto 3) del artículo 7 del Estatuto.

La parte final del ensayo se dedica al análisis de lo que implica el mandato de género contenido en el Estatuto y las obligaciones que impone a los distintos órganos de la Corte. Se incluye una somera evaluación del cumplimiento hasta la fecha de esas obligaciones por parte de la fiscalía de la Corte y de los magistrados. Se citan algunos ejemplos extraídos de lo que

han sido los primeros años de trabajo de la Corte, y algunas de las deficiencias en la aplicación del paradigma de justicia penal internacional.

Deliberadamente se omiten citas y referencias bibliográficas, pues el ensayo trata más bien de un ejercicio de análisis de memorias muy personales. Participé en los procesos a los que aquí se hace referencia y estoy segura de que si algún lector o lectora desea profundizar en los hechos que se mencionan, podrá encontrar la información que busca en los trabajos del PrepCom y de la Conferencia.

Agradezco la revisión del manuscrito a la Dra. Sara Sharratt, integrante de la delegación de Costa Rica en la Conferencia de Roma. De igual modo, a las profesoras Magdalena M. Martín e Isabel Lirola, por permitirme utilizar su excelente informe, “Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario”¹, con el que reforcé muchos de mis criterios y análisis. También obtuve información muy valiosa del artículo “Gender Issues”, de la profesora Cate Steains, publicado en “The making of the Rome Statute”².

1. Antecedentes

a. De los crímenes de violencia sexual cometidos en conflictos armados

Cualquier superficial repaso histórico de los conflictos armados que han azotado hasta el presente a pueblos y naciones

1 Martín, Magdalena M., e Isabel Lirola, *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*. Institut Català Internacional per la Pau, Informes 8/2013.

2 Kluwer Law Internacional, 1999.

de la comunidad internacional, muestra sin dificultad la existencia de graves crímenes de violencia sexual. Conflictos armados y violencia sexual aparecen asociados perniciosamente e indisolublemente, conformando el haz y el envés de una misma realidad³.

No hay en la doctrina discusión alguna de que a través de los siglos, la violación y las más variadas y aberrantes formas de violencia sexual contra las mujeres han sido armas de guerra utilizadas para destruir a las víctimas (mujeres y niñas, mayoritariamente), pero también para humillar, avergonzar, degradar y aterrorizar a los grupos humanos a los que ellas pertenecen.

Intentos hubo desde los albores del Derecho Internacional clásico y del Derecho Internacional Humanitario para prohibir la comisión de esos crímenes y para proteger a las mujeres durante los conflictos armados. Desde Francisco de Vitoria y Hugo Grocio, hasta las convenciones de La Haya de 1899 y 1907, se prohibieron conductas ilícitas que atentaban contra “el honor y los derechos de la familia”. Pero los resultados para detener los crímenes y juzgar a los responsables no tuvieron ningún éxito.

b. Del Derecho Internacional Humanitario

En el siglo XX ocurrieron dos catastróficas guerras mundiales que fueron escenario de múltiples crímenes de violencia sexual, cuyos autores gozaron de la más absoluta impunidad. La responsabilidad penal individual que debemos a los tribunales

3 Martín, Magdalena M., e Isabel Lirola, *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario...* pág. 12.

militares de Núremberg y Tokyo, establecidos después de la Segunda Guerra Mundial para juzgar en 1945 a los líderes nazis y japoneses, no funcionó para los crímenes de violencia sexual.

En 1948 la comunidad internacional aprueba en Ginebra cuatro convenciones, que son el fundamento moderno del Derecho Internacional Humanitario. La cuarta de las convenciones establece una serie de normas protectoras que prohíben la violación y otras agresiones sexuales contra mujeres. El artículo 27 de ese cuarto convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de Guerra, estatuye que las mujeres serán amparadas “contra todo atentado a su honor, y en particular, contra la violación, contra el forzamiento a la prostitución y contra todo atentado a su pudor”. También el artículo 3, común a las cuatro convenciones y los dos protocolos que las siguieron, reiteran protecciones similares.

A toda esta normativa del Derecho Internacional Humanitario se le ha criticado, y yo me sumo a esas críticas, porque de su lenguaje y terminología resulta evidente que el bien jurídico protegido es el honor y la dignidad de las mujeres, es decir, la ofensa al patriarcado más rancio. La integridad del cuerpo de la mujer y la violación a su intimidad y su libertad sexual se dejan de lado y se ignoran por completo.

c. De los tribunales penales internacionales *ad hoc* y su jurisprudencia

Hemos de reconocer que las normas internacionales que hoy rigen la responsabilidad penal individual han sido creación de tribunales penales internacionales. Si bien el legado de los tribunales militares de Núremberg y Tokyo no incluye ningún aporte a la caracterización de los crímenes de violencia sexual,

puesto que no formó parte de su jurisdicción ocuparse de tales crímenes, es lo cierto que sus principios (los Principios de Núremberg) son esenciales en la fundación de la justicia penal internacional que hoy conocemos.

Esos principios, el derecho humanitario, las leyes y costumbres de guerra y convenios internacionales, como el del combate al genocidio y a la tortura, constituyeron la normativa base de los estatutos de dos tribunales penales internaciones *ad hoc*: el establecido en 1993 para juzgar los crímenes internacionales cometidos en la guerra de la Antigua Yugoslavia (TPIY) y el que en 1994 se creó para juzgar el genocidio ruandés (TPIR), ambos creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas al amparo del Capítulo VII de la Carta de la ONU.

Al inicio de la década de los años 90 del siglo pasado, la conciencia del mundo se estremeció al conocer de horribles crímenes de violencia sexual cometidos contra mujeres en la guerra que se libraba entonces en los balkanes. Igual horror provocaron los sucesos que en Ruanda condujeron a un genocidio y a la comisión de espantosos crímenes de lesa humanidad, todos los cuales incluyeron violencia sexual a una escala sin parangón. La respuesta de la comunidad internacional fue la creación de dos tribunales internacionales *ad hoc* para sentar la responsabilidad penal individual de los perpetradores.

Conviene destacar, sin embargo, que pese al conocimiento cabal de la magnitud de los crímenes de violencia sexual que caracterizaron ambos conflictos, en ninguno de los estatutos de estos tribunales *ad hoc* los crímenes de violencia sexual fueron propiamente incluidos. En el estatuto del TPIY sólo se menciona el crimen de violación como un crimen de lesa humanidad (art. 5, g). No fue incluido como crimen de guerra ni dentro de las violaciones graves de los convenios de Ginebra ni en las

violaciones de las leyes o costumbres de guerra. El estatuto del TPIR la incluye también como un crimen de lesa humanidad (art. 3, g) aunque en un avance frente al TPIY, incorpora la violación como un crimen de guerra dentro de las violaciones del artículo 3, común a los convenios de Ginebra.

Las debilidades de ambos estatutos fueron superadas por una jurisprudencia novedosa que con apoyo en las reglas de procedimiento y prueba de ambos tribunales, permitió que magistradas de ambos tribunales elaboraran un sistema normativo integrador de los distintos instrumentos jurídicos del Derecho Internacional Humanitario. Fue una tarea en la que también participaron los magistrados de los tribunales *ad hoc* que entendieron cabalmente la importancia de introducir las bases de una justicia penal internacional equitativa y con perspectiva de género.

Antes de la existencia de los tribunales *ad hoc* y su jurisprudencia sobre crímenes de violencia sexual, no hay precedentes para las discusiones que se llevarían a cabo entre las delegaciones de los gobiernos que atendían el PrepCom de la Conferencia de Roma. Hoy es unánimemente reconocido que las negociaciones en Roma y en el PrepCom se beneficiaron enormemente no sólo de esa jurisprudencia, sino también de la experiencia de los tribunales en la investigación y los procedimientos de enjuiciamiento de los crímenes de violencia sexual.

d. De otros precedentes de Derecho Internacional

Para llegar a los acuerdos a los que finalmente se llegó en la redacción del Estatuto de Roma, las delegaciones y las ONG que participaban activamente en las discusiones del

PrepCom tomaron muy en cuenta, entre otros instrumentos internacionales, la Declaración de Viena de 1993, en la que los gobiernos condenaron la violencia de género y la violencia contra las mujeres en situaciones de Guerra, y llamaron para la integración de los derechos de las mujeres dentro de la corriente del Sistema de las Naciones Unidas.

También las distintas conferencias mundiales de la mujer, las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), formaban parte del cuerpo de la normativa internacional que tendrían que haber sido tomadas en cuenta al redactar el borrador del Estatuto de la Corte Penal Internacional que preparaba la Comisión de Derecho Internacional al inicio de sus trabajos en 1994.

Conviene mencionar, sin embargo, que en los primeros borradores de estatuto preparados por la Comisión, que servían de base en las discusiones iniciales del PrepCom, no se incluían definiciones de ninguno de los crímenes que estarían bajo la jurisdicción de la Corte. Todavía en los borradores de 1996 sólo figuraba la violación, y siempre ligada a ultrajes contra la dignidad personal.

2. Las discusiones en Roma para introducir los crímenes de violencia sexual como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y elementos de un genocidio

Dijimos antes que el borrador de estatuto que preparó la Comisión de Derecho Internacional en 1996, no incluía ningún crimen de violencia sexual. Sólo aparecía la violación, y ligada

a los ultrajes contra la dignidad personal como un crimen de guerra. Los demás crímenes de violencia sexual eran totalmente ignorados, ni siquiera se les reconocía como violaciones graves a los convenios de Ginebra. Algunos intentos por enmendar el texto de los crímenes de guerra para incluir la violación entre las violaciones graves a los convenios de Ginebra, hechos por gobiernos como el de Nueva Zelandia y Suiza, fueron desestimados en el PrepCom de febrero de 1997.

Pero en el PrepCom de diciembre de ese mismo año finalmente se discutió con propiedad, y en un ambiente mucho mas abierto y progresista, la cuestión de los crímenes de violencia sexual como categorías independientes de crímenes de guerra.

El borrador de estatuto que el PrepCom envió a las negociaciones en Roma en julio de 1998 incluía esos crímenes dentro del artículo de crímenes de guerra. Para entonces se había llegado al consenso necesario para que la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual definidas como *grave breaches* y violaciones serias al artículo 3, común de los convenios de Ginebra, fueran aceptados como una codificación a la situación ya existente en el Derecho Internacional. Tampoco había ya para entonces, serias reservas para admitir esos crímenes como parte de los crímenes de lesa humanidad.

El trabajo tesonero de gobiernos progresistas y de las ONG que acompañaban el esfuerzo de modernizar el Derecho Internacional y el Derecho Humanitario, siguiendo las pautas sentadas por los tribunales *ad hoc*, fructificó en ese borrador que se envió a Roma.

Es de justicia mencionar que, entre las cientos de ONG que trabajaron intensamente, primero en los PrepCom y luego en Roma, las conformadas por mujeres comprometidas con los

derechos de las mujeres tuvieron una enorme importancia. Llegaron de todos los continentes y en Roma juntaron sus talentos y sus esfuerzos para hacer posible el reconocimiento de los crímenes de violencia sexual como crímenes internacionales dentro de la jurisdicción de la Corte.

La Asociación de Mujeres para la Justicia de Género (Women's Caucus for Gender Justice) estuvo entre ese grupo de ONG que contribuyeron decisivamente a preparar textos que llenaban los vacíos y las deficiencias que el borrador de estatuto preparado por la Comisión de Derecho Internacional contenía en materia de género. Prepararon documentos sólidamente fundamentados para respaldar sus propuestas, negociaron con perseverancia e inteligencia, y respaldaron a muchas pequeñas delegaciones que, al final, sumaron su apoyo a la inclusión en el estatuto de los crímenes de violencia sexual como categorías de crímenes de guerra y crímenes de lesa humanidad.

Pero el consenso desapareció cuando se discutió el crimen de embarazo forzado y el concepto de género. Al final de la última sesión del PrepCom, en marzo-abril de 1998, la delegación del Vaticano había presentado una propuesta para sustituir “embarazo forzado” (*forced pregnancy*) por impregnación forzada (*forcible impregnation*). Esta pretensión vaticana fue de inmediato rechazada por las delegaciones que correctamente entendieron que ese término (*forcible impregnation*) no capturaba todos los elementos de un crimen de *forced pregnancy*. La distinción puede parecer sutil a simple vista, pero es de enorme trascendencia pues es la diferencia entre violar a una mujer y embarazarla y violar a una mujer hasta embarazarla y luego mantenerla en confinamiento hasta el final de su embarazo, para propósitos contrarios al orden legal internacional.

La experiencia de cientos de mujeres musulmanas en Bosnia Herzegovina, que fueron violadas repetidamente por soldados serbios hasta embarazarlas y luego se las mantuvo cautivas para que dieran a luz niños serbios, demostró hasta dónde llega la maldad de la violencia sexual que puede ser cometida contra las mujeres en un afán de usarlas como armas de guerra y exterminio contra grupos enemigos. Esa experiencia fue la que en la jurisprudencia del TPIY dio origen a este crimen del embarazo forzado, con todos los elementos correctos. Al final del PrepCom de marzo-abril de 1998, los delegados progresistas lograron retener el término *forced pregnancy*, pero entonces se llegó a Roma.

Las apasionadas discusiones sobre si se debía o no incluir el embarazo forzado dentro de la jurisdicción de la Corte se constituyeron en uno de los dos asuntos más contenciosos y emocionalmente disputados de todos los debates que hubo en Roma en las últimas tres semanas de las seis que duró la Conferencia Mundial de julio de 1998. El otro asunto discutido con intensidad y acaloramiento fue sobre lo que debía entenderse por “género”.

Las discusiones de los corredores y de los grupos informales entre los delegados que apoyaban la inclusión del crimen correctamente definido más la perspectiva de género que debía acompañar a todos los crímenes de violencia sexual – a quienes se sumaron siempre los apoyos incondicionales de algunas ONG de mujeres, particularmente del Women’s Caucus –, y el *lobby* poderoso del Vaticano, los Estados árabes fundamentalistas y algunos gobiernos latinoamericanos católicos, se trasladaron al plenario.

El fondo de las discusiones era la necesidad de convencer a esos pocos pero poderosos delegados de que el crimen de embarazo

forzado buscaba penalizar la conducta de los perpetradores de un horrendo crimen y no, como esos perjudicados delegados sostenían, liberalizar las leyes para permitir los abortos. Según la Santa Sede, los países árabes y gobiernos de fuerte acento católico, si se incluía ese crimen en el estatuto, ello obligaría a todos los países que fueran parte en el Tratado de Roma a proveer a las mujeres que habían sido embarazadas y obligadas a permanecer embarazadas bajo coerción, de los medios y recursos para abortar.

Bosnia-Herzegovina, Australia, Canadá, Nueva Zelandia, Costa Rica, Estados Unidos y otros, argumentaban que la posición asumida por la intolerancia y los prejuicios de quienes sostenían esa errónea perspectiva, para lo único que serviría era para negar la existencia misma de un crimen atroz cometido contra las mujeres.

Tres tensas e intensas semanas duró esa discusión, que llegó incluso a paralizar el reloj de la Conferencia, hasta que finalmente se tendieron puentes que permitieron construir un consenso. En una reunión informal convocada al efecto, se acordó que el crimen de embarazo forzado bajo el Derecho Internacional Humanitario no podría interferir con las leyes nacionales relativas al aborto. También hubo acuerdo preliminar sobre los elementos que deberían ser incluidos en la definición del crimen. Pero sobre este punto las discusiones siguieron tensas. El Vaticano, los árabes y los católicos querían que en la definición del crimen apareciera una intención de provocar una limpieza étnica, lo cual, obviamente, era inaceptable por restrictivo, frente al tipo de crimen que se quería sancionar internacionalmente. Finalmente, en la hora once, la hora final de la conferencia, con el reloj detenido, se acordó el texto que figura en el artículo 7, 2 (f) del Estatuto.

3. La definición de género

La otra fuente de serios desacuerdos en las discusiones de la Conferencia de Roma fue la definición de “género”. Al principio, los debates sobre lo que debía entenderse por “género” se inscribieron en el artículo 21 (3), relativo a la aplicación e interpretación del Estatuto, conforme con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. En este orden de ideas, fue muy difícil alcanzar acuerdos para incluir “género” entre los supuestos de la cláusula de no discriminación, contenida en el párrafo 3 citado. De igual modo, definir lo que se entendería por “género” requirió negociaciones muy difíciles y representó un compromiso muy delicado con las mismas delegaciones que partían de prejuicios, estereotipos y conceptos patriarcales, siempre en contra de los derechos de las mujeres.

El artículo 21 (3) comprende dos principios muy importantes: uno, que la aplicación del Estatuto debe hacerse conforme a los derechos humanos; dos, que la aplicación de la ley debe hacerse sin discriminación alguna. Estos principios fueron adoptados por consenso en el PrepCom de marzo-abril de 1998, y así enviados a Roma. Pero, de nuevo en Roma aparecieron los Estados árabes musulmanes fundamentalistas y sus aliados, dispuestos a que en el estatuto de la nueva corte que se crearía, no figuraran ni los derechos humanos ni el concepto de género.

Afortunadamente, delegaciones de países como Canadá, Australia, los Estados Unidos de América, Costa Rica, Chile, Países Bajos, Francia y otros, dieron y ganaron la pelea para que se conservara la cláusula del párrafo 3) del artículo 21, pues lo contrario habría significado un serio retroceso en los avances ya existentes en el Derecho Internacional Humanitario y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Era crucial conservar la redacción de la cláusula, tal como quedó, para la

vigencia inclusiva de los derechos humanos iguales para todos, pero también, y fundamentalmente, para los derechos de las mujeres. Al ganar amplio apoyo esta posición, los enemigos de los progresos se concentraron en atacar la referencia a “género” y su definición.

Se discutía acaloradamente en todos los órganos de la Conferencia (los debates formales, los informales, en los corredores, entre las delegaciones y entre las ONG), hasta que un grupo de delegados quiso encontrar la solución sustituyendo “género” por “sexo”. Esta propuesta no fue aceptada por quienes entendían correctamente que hay una esencial diferencia entre ambos.

Es de conocimiento público y común, que si hablamos de “sexo” estamos refiriéndonos exclusivamente a las características biológicas de mujeres y hombres. “Género”, en cambio, incluye lo biológico en el contexto de la sociedad. Habían ya entonces, amplios desarrollos en el Derecho Internacional y en el Sistema de las Naciones Unidas que incluían sin dudas el término “género” para reflejar el componente social de las diferencias que subsisten en todos los grupos sociales entre mujeres y hombres. Esas diferencias se dan, como es evidente, en el acceso al poder en todas sus manifestaciones: social, económico, jurídico, religioso, etc.

Para 1998, nadie podía alegar ignorancia del avance que había representado la lucha de las mujeres por lograr el reconocimiento de cómo la construcción social de los papeles de ambos sexos en el patriarcado, discrimina y excluye a las mujeres. Por eso, en Roma no se claudicó. Pero finalmente hubo que transar con los intransigentes (árabes y sus aliados del Vaticano), para quienes la simple mención del término “género” levantaba fantasmas de libertad sobre la orientación sexual de las personas.

Ambos bandos aceptaron, con reticencias de los progresistas y los conservadores religiosos, la redacción que aparece en el punto 3) del artículo 7 del Estatuto, que incluyó la frase “en el contexto de la sociedad”. Además, se agregó una frase sin la cual no hubiera sido posible alcanzar el consenso final, con el reloj de la conferencia detenido. El párrafo en cuestión dice: “A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término ‘género’ se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término ‘género’ no tendrá más acepción que la que antecede”.

Esta definición de lo que en el Estatuto se entiende por “género” es una perfecta tautología y ha merecido justificadas y duras críticas por parte de connotadas académicas feministas, ONG y activistas de los derechos humanos de las mujeres. Pero está claro que se logró lo mejor que se podía, en el ambiente de prejuicios y calculada ignorancia que crearon los enemigos de sociedades más justas, igualitarias y equitativas. También está claro que permitió que en el Estatuto se incluyeran artículos que configuran lo que hemos llamado “un mandato de género” en la Corte Penal Internacional⁴.

4. El mandato de género en el Estatuto

Esta nueva perspectiva de la justicia penal internacional no solamente es relevante para los crímenes de violencia sexual y de género comprendidos en la jurisdicción de la Corte, en los artículos 7 y 8 del Estatuto. También fue muy importante en las jornadas del PrepCom y en la Conferencia de Roma, incluir en el Estatuto estructuras que permitieran hacer una realidad este

4 Martín, Magdalena M., e Isabel Lirola, *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario...* pág. 35.

nuevo paradigma. Desde las investigaciones iniciales hechas por la Fiscalía hasta la sentencia final de los magistrados, todo el funcionamiento de la Corte debería responder a conceptos modernos e inclusivos de justicia.

Tanto en las sesiones de la PrepCom como en la Conferencia de Plenipotenciarios en Roma, el trabajo de las ONG de mujeres y hombres solidarios fue determinante para alertar a las delegaciones sobre la importancia de contar con artículos como los que figuran en la parte 4 del Estatuto (De la composición y administración de la Corte). En esta sección cuarta, y a fin de hacer efectiva la no discriminación por razones de sexo, el artículo 36, 8.a iii) impone una representación equilibrada de magistrados mujeres y hombres. El artículo 44, 2) demanda idéntica obligación del Secretario y del Fiscal de la Corte, en sus respectivas oficinas.

Se ha señalado, – y yo coincido con esta opinión –, que más que una cuestión de cuotas en los nombramientos de magistrados, magistradas y funcionarios, tomar en consideración la sensibilidad, la experiencia, la formación profesional de los y las candidatas, es mucho más importante que la simple aritmética para los objetivos del mandato de género del Estatuto. Sólo con tener números iguales en todos los órganos de la Corte no garantizamos la justicia con perspectiva de género. La calidad es más importante que la cantidad.

Adicionalmente al equilibrio en los nombramientos de hombres y mujeres en los distintos órganos de la Corte, en las partes 5 y 6 del Estatuto encontramos disposiciones muy importantes sobre las necesidades especiales de las víctimas de los crímenes de violencia sexual. El texto del artículo 54, 1 b) es de singular y enorme relevancia en el tema que nos ocupa, pues no tiene precedentes en ningún otro tribunal internacional

de los existentes hasta la adopción del Estatuto de Roma. Las obligaciones que este artículo impone a la Fiscalía buscan que desde que una investigación se inicia, se respeten las circunstancias personales de víctimas y testigos y se tengan en cuenta, como lo dice este artículo 54, 1 al final del paragrafo b), “la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños”. Veamos un poco lo que la Fiscalía ha hecho con este mandato.

a. Cumplimiento del mandato por parte de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional

La Corte Penal Internacional inició sus funciones en marzo del 2003. El trabajo hecho por todos los órganos de la Corte en estos años permite ahora hacer una evaluación somera del cumplimiento de sus metas y políticas de género.

Cuando este ensayo sea publicado es posible que el documento de nuevas políticas sobre crímenes de violencia sexual y de género, preparado en febrero del 2014 por la actual Fiscal General, Fatou Bensuda, haya sido efectivamente publicado. Contendrá las estrategias de la Fiscalía dentro de su plan 2013-2015, para integrar la perspectiva de género en todos sus trabajos, conforme a las obligaciones que le impone el artículo 54, 1 b) del Estatuto antes citado.

No es el propósito de este ensayo hacer un análisis crítico detallado de la política seguida por la Fiscalía desde el inicio de su trabajo y hasta ahora. Pero sí resulta importante destacar que, al menos durante el período 2009-2012, las decisiones estratégicas puestas en práctica por la Fiscalía básicamente trabajaron en contra del mandato que se la ha confiado.

Las estrategias que se han venido aplicando, prácticamente desde el inicio de los trabajos de la Corte, son: la selección de “casos muestra” para que los juicios fueran de corta duración; no ejercitar más que excepcionalmente los poderes del Fiscal para iniciar juicios *motu proprio* y, cuando lo hizo (en Kenia y Costa de Marfil), sólo en Kenia incluyó crímenes de violencia sexual; aplicar la “complementariedad positiva” esperando que cada gobierno se haga cargo de juzgar a sus perpetradores, en particular los de violencia sexual, y deje a la Corte Penal Internacional el encargo de juzgar a los más importantes líderes. Todas estas estrategias han sido un rotundo fracaso frente al mandato de género. Se comprueba fácilmente con sólo ver los juicios que se han completado hasta la fecha (Lubanga y Katanga) y los crímenes por los que se juzgó a los acusados.

La falta de solidez de las acusaciones y las pruebas deficientes aportadas por la Fiscalía en los años en los que Luis Moreno Ocampo fue Fiscal General, determinó que no se confirmaran los cargos contra Mbarushimana, a quien los jueces ordenaron poner en libertad. No pudo tampoco probar el vínculo entre el crimen y el acusado (caso Katanga) y cometió errores impropios de una fiscalía competente, como sostener una interpretación contraria a la jurisprudencia internacional (caso Bemba). En resumen, durante todos esos años de Moreno Ocampo al frente de la Fiscalía no se dedicó ninguna atención especial, ni política ni técnicamente, a los crímenes de naturaleza sexual, y en todas las fases de los procedimientos, a partir de las investigaciones, hasta las de juicio, el manejo de la Fiscalía dejó mucho que desear en cuanto a competencia y cumplimiento de sus obligaciones estatutarias. Sin olvidar que no cumplió con la obligación de nombrar asesores jurídicos especialistas en violencia sexual, en violencia por razones de género y en violencia contra las y

los niños (art. 42, 9). Lo que hizo fue refundir esas posiciones en una oficina encargada de niñez y mujeres, a cargo de una funcionaria de rango menor.

El nombramiento que hizo Moreno Ocampo de la reconocida experta feminista internacional Catherine Mckinnon fue puramente coyuntural, para rendir una asesoría casuística, sin ninguna trascendencia real en el trabajo cotidiano de la Fiscalía.

A la actual Fiscal General Fatou Bensuda se le reconoce haber tratado de enmendar estos errores con el nombramiento en el 2012 de una experta en género para asesorar los trabajos de la Fiscalía. Bajo las órdenes de la actual Fiscal se está en proceso de emitir nuevas líneas estratégicas que buscan corregir los fallos y cumplir efectivamente con el mandato que les confió el Estatuto. Será muy importante examinar en los años que siguen, por ejemplo y entre otras cosas, si efectivamente la Fiscalía investiga las situaciones en examen con personal capacitado y entrenado adecuadamente, y con los medios adecuados; si los investigadores aplican las prácticas correctas y se comunican correctamente con víctimas y testigos de los crímenes de violencia sexual y de género, para evitar la retraumatización a que se exponen al cooperar con la Corte; si recolectan las pruebas idóneas que permitan luego preparar los casos y sustentar los cargos. En síntesis, si las investigaciones se conducen sin prejuicios contra los crímenes de género y, al concluir, se tienen los elementos suficientes para que los abogados y fiscales que conducirán los juicios, puedan hacerlo eficientemente.

Los crímenes de violencia sexual y de género tendrán que ser traídos por la Fiscalía y juzgados por los magistrados como crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad o elementos de un genocidio. Esto es, como crímenes independientes, como lo prevé el Estatuto. Pero además, la violencia sexual que se comete

contra las víctimas de los otros crímenes dentro de la jurisdicción de la Corte, tendrá que ser considerada también como elemento de esos crímenes. Los errores cometidos por la Fiscalía en el caso contra Thomas Lubanga – donde incomprensiblemente se excluyeron los crímenes de naturaleza sexual de los cargos contra el acusado y no se tomaron en cuenta como elementos el crimen de reclutamiento y uso de las niñas y niños en conflictos armados, y que obligó a un voto disidente en la sentencia –, no deben ser repetidos.

b. El cumplimiento del mandato por parte de los magistrados

El establecimiento de la Corte Penal Internacional y la aprobación del Estatuto de Roma en julio de 1998, fueron, y seguirán siendo, los hitos más importantes para el nacimiento de un moderno Derecho Penal Internacional a partir del siglo XX. El nuevo paradigma de justicia penal internacional con vocación de universal, representó para las víctimas de “atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” – como lo declara el párrafo segundo del Preámbulo del Estatuto –, la oportunidad de contar con un órgano judicial donde sus voces serían escuchadas, sus ultrajes serían reconocidos, sus victimarios serían debidamente juzgados y sus derechos a obtener reparaciones, justamente considerados.

Todo ese nuevo paradigma incluyó la perspectiva de género, sin la cual resulta imposible que la impunidad sea verdaderamente detenida al aplicarse conceptos de justicia igualitaria y equitativa. Por ello, de los magistrados y magistradas que desde el 2003 iniciaron sus trabajos en la Corte, la comunidad internacional y las víctimas esperaban un claro compromiso con mantener

visibles los crímenes de género y con hacerlos parte integral del Derecho Penal Internacional, tal como resultó del trabajo innovador de los tribunales penales internacional *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda.

Se confiaba en que, al aplicar el mandato de género contenido en el Estatuto de Roma, el análisis judicial de los crímenes competencia de la Corte no se limitara sólo a los crímenes de violencia sexual, sino que identificara y tuviera en consideración la perspectiva de género de todos los otros crímenes internacionales que son de su competencia.

Se tenía confianza en que

[...] una vez superada la confusión entre sexo y género [...] en el análisis de los crímenes de naturaleza sexual se tuviera presente la forma diferente en que éstos son, en primer lugar, cometidos y sufridos por hombres y mujeres y posteriormente investigados y enjuiciados por fiscales y magistrados (hombres y mujeres). Es decir, el sexo de víctimas y victimarios y el de quienes han de enjuiciarlos es importante, porque las relaciones de género que están siempre presentes en el derecho, en este caso son mucho más evidentes y pueden desembocar en una aproximación, una sensibilidad o un tratamiento diferente de los crímenes de naturaleza sexual⁵.

Se esperaba que, al resguardar los derechos de los acusados a un juicio justo, ello no afectara negativamente los derechos de las víctimas y los testigos de los crímenes de violencia sexual.

La jurisprudencia de la Corte es aún muy escasa y todavía no permite un juicio definitivo sobre si las expectativas se han

5 Martín, Magdalena M., e Isabel Lirola, *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario...* pág. 41.

cumplido. Para mayor confusión, hay decisiones de las salas de asuntos preliminares que han suscitado muchas críticas al examinarlas desde esta perspectiva. Por ejemplo, en el caso de Kenyatta y otros, la actual Fiscal Bensouda presentó correctamente actos de mutilación genital y de lesiones intencionales de los órganos genitales (se trataba de víctimas masculinas) como crímenes de violencia sexual. Amputación de penes y circuncisión forzada fueron calificadas por la Fiscalía como “otras formas de violencia sexual según el artículo 7, 1 (g)”. Pero la Sala Segunda de Asuntos Preliminares determinó que la evidencia aportada por la Fiscalía no demostraba la naturaleza sexual de los actos y los calificó como “actos inhumanos”. Esto ocurrió en la decisión de confirmación de cargos el 23 de enero del 2012 (ICC-01/09-02/11-382). De esta misma Sala hay otras decisiones similares, que evidencian que los magistrados no aplican correctamente ni la perspectiva de género ni el concepto de crímenes de violencia sexual.

Para mayor confusión, también hay contradicciones entre decisiones de diferentes salas, que evidencian una ausencia de criterios comunes y sólidos entre los magistrados que las integran. Las sentencias dictadas hasta ahora (Lubanga y Katanga) no permiten afirmar coherencia con la perspectiva de género que aquí hemos examinado. Tal pareciera que las dificultades casi insalvables que en Roma conspiraban contra el progreso y la equidad de las normas penales internacionales, aparecen de nuevo cuando se leen los textos hasta ahora producidos por ciertos magistrados y magistradas de la Corte Penal Internacional.

Hemos de mantener, sin embargo, la esperanza de que el espíritu que triunfó en Roma y que buscaba acabar con la impunidad histórica de los perpetradores de los atroces crímenes de violencia sexual se mantenga vivo, y que en el

futuro inmediato, todos los órganos y funcionarios de la Corte Penal Internacional cumplan cabalmente con el mandato de género y justicia que el Estatuto les confía. Solo así un nuevo Derecho Penal Internacional permitirá construir, en el ámbito internacional y en las jurisdicciones nacionales, una auténtica justicia que comprenda a “millones de niños, mujeres y hombres [...] víctimas de atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad” (párrafo segundo del Estatuto de Roma).

Como en tantas ocasiones a través de la historia aquí brevemente reseñada, la comunidad internacional, con el protagonismo imprescindible de las mujeres, tendrá que mantenerse vigilante y combativa para seguir avanzando, para no permitir retrocesos.

Evolución de la protección penal de los derechos de la persona humana

*José Thompson J.**

Introducción

Es un placer haber sido privilegiado de formar parte de esta importante publicación en homenaje de la jurista Elizabeth Odio, cuya labor, entre otras, ha sido significativa para la evolución del derecho penal internacional. A ello responde este breve artículo,

* Abogado y profesor universitario costarricense, especializado en Derecho Internacional (Universidad de Costa Rica, Università degli Studi, Perugia, Italia), actualmente ocupa los cargos de: Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), desde el 01 de julio del 2013, y Director del Centro de Asesoría y Promoción Electoral (CAPEL) desde el año 2000, programa especializado para la promoción de la democracia, los derechos políticos y las elecciones, del IIDH, instituto con el cual se ha vinculado en diversas formas a lo largo de más de veintiocho años y al cual ha servido también como Director Adjunto hasta junio del 2013. Cuenta, igualmente, con experiencia en el servicio exterior de su país en el periodo 1994-1998, como Ministro Consejero y Cónsul General en la Embajada de Costa Rica ante los Estados Unidos de América, culminando como Encargado de Negocios a.i. de esa sede diplomática (1997-1998). Tiene consolidada trayectoria como docente universitario en temas de Derecho Internacional desde 1984, al servir como profesor titular de Derecho Internacional Público y recientemente, de los cursos especializados en Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y hasta la fecha, con rango actualmente de Catedrático. Es autor de artículos, libros e investigaciones especializadas en temas de justicia, democracia, sistemas electorales, Derechos Humanos y Derecho Internacional.

El autor deja expreso reconocimiento de la colaboración de Natalia Arce, Investigadora y Asistente Académica de la Dirección Ejecutiva en el IIDH, cuyo aporte fue determinante para la elaboración de este documento.

que tiene el fin de hacer un repaso desde los orígenes hasta el Derecho Penal Internacional (DPI) que rige actualmente.

Al respecto, se hará un recuento de los antecedentes que fomentaron los primeros pasos en el desarrollo del DPI, tomando en cuenta los factores históricos y los avances jurídicos consecuentes. Posteriormente, se analizará su estado actual bajo el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional (CPI), destacando sus principales avances y desafíos.

Finalmente, se estudiará la interacción entre el DPI y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) de nuestra región, por lo que se destacarán algunos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), en los que se han acogido diversas consideraciones que emanan de tribunales penales internacionales.

1. Antecedentes (Derecho Internacional Humanitario)

Hay que notar que al igual que las personas, los Estados confluyen en un dinamismo de relaciones guiadas por intereses, ideologías y valores diversos, por lo que dichas relaciones inevitablemente enfrentarán situaciones de conflicto que pueden desembocar, incluso, en la guerra.

En un principio, la guerra fue considerada un medio legítimo para resolver los conflictos que se presentaban en la comunidad internacional. De acuerdo a Benavides Hernández¹, no fue hasta 1928 que se prohibió la guerra como método de solución de conflictos con el Pacto Briand-Kellogg (firmado por 15 países, al que eventualmente se adhirieron 57 Estados más). No obstante,

1 Benavides Hernández, Luis Ángel, *Derecho Internacional Humanitario*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, D.F., 2011.

la guerra siempre estuvo sujeta a normas que emanaban de la costumbre internacional, pero no fue hasta 1864 que se creó el primer Convenio de Ginebra – suscrito por 16 países –, con lo que se comenzó a desarrollar un cuerpo jurídico más firme que la sola costumbre.

En este sentido, se ha logrado configurar una serie de principios y normas que, más allá de pretender permitir o prohibir la guerra, intentan limitar sus efectos por razones humanitarias. Esto es el llamado *ius in bello* o derecho de la guerra, que hoy se conoce como Derecho Internacional Humanitario (DIH).

La base fundamental del DIH se encuentra en el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, la cual justifica el uso de la fuerza armada en algunos casos (1945), y en los Convenios de Ginebra (1949) y sus protocolos adicionales (1977), que establecen obligaciones jurídicas para los Estados y consagran principios humanitarios fundamentales². Sin embargo, también es aplicable el llamado Derecho de la Haya, el cual contiene normas que limitan el uso de ciertos métodos y medios de combate, de acuerdo a la Conferencia de Paz de La Haya (1899 y 1907). Todavía algunos autores, como Elizabeth Salmón, incluyen el “Derecho de Nueva York”, el cual incorpora el marco jurídico de las Naciones Unidas en materia de DIH.

Entre las obligaciones que tienen los Estados en el marco del DIH destaca el deber de respetarlo y hacerlo respetar, independientemente de los argumentos que se tengan para la justificación del conflicto de acuerdo al *jus ad bellum*³. Además,

2 Convenio I: Trata de los heridos y enfermos en las fuerzas armadas en campaña; Convenio II: De los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; Convenio III: Sobre el trato debido a los prisioneros de guerra; Convenio IV: Sobre la protección debida a las personas civiles en tiempos de guerra.

3 Prohibición del uso de la fuerza y sus excepciones.

a los Estados se les exige castigar a quienes resulten responsables de cometer crímenes de guerra e infracciones graves al DIH. Este es, quizá, el antecedente más inmediato al desarrollo del DPI. Tal y como señala Cristina Pellandini,

[L]os Estados son los principales responsables de garantizar la plena aplicación de las normas del derecho internacional humanitario, y los primeros y principales que han de tomar medidas para la ejecución de éstas a nivel nacional⁴.

Esto quiere decir, que es indispensable la acogida del DIH en el derecho interno de los Estados, aun a nivel constitucional.

Si bien esta incorporación del DIH a nivel interno se ha ido fortaleciendo con el paso de los años y – aún más – en los procesos de justicia transicional, como antecedente al DPI es indispensable ejemplificar algunas prácticas que llevaron a cabo algunos Estados y que significaron los primeros rasgos de una tipificación de delitos internacionales en los ordenamientos nacionales.

En este sentido se pueden destacar, por ejemplo, el Código de Lieber (1863) y el Libro IV del Código Militar Colombiano (1881). El primero fue desarrollado por Francis Lieber, un profesor y jurista alemán emigrado a Estados Unidos de América. Dicho Código fue presentado al entonces presidente Abraham Lincoln, con el título *Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field*. El Código contenía reglas sobre cómo debían conducirse las hostilidades en una guerra terrestre y

4 Pellandini, Cristina, *El derecho internacional humanitario y el ordenamiento jurídico interno. Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, México, D.F., 2002, pág. 491 y 492.

sobre el respeto a la protección civil, incluyendo la penalización de crímenes contra civiles. Si bien fue un código formulado para un conflicto interno, recogía principios del derecho a la guerra consuetudinario de la época, con responsabilidad y penalidades específicas.

Respecto del Código Militar Colombiano de 1881, el libro IV innovó con las “reglas de derecho de gentes que deben observar los jefes de operaciones militares”. Éstas se expidieron para ser aplicadas en casos de insurrección, rebelión y guerra civil, y trataba temas como las hostilidades, los combatientes, los prisioneros de guerra, los derechos y deberes del ocupante y el respeto a las personas. Una vez más, si bien fueron normas pensadas para conflictos internos, establecían reglas de conducta basadas en el DIH de la época.

No obstante, aun con la evolución del DIH y su acogida en algunos ordenamientos jurídicos nacionales, el estallido de la Primera Guerra Mundial y las atrocidades que durante la misma se cometieron, llevaron al inevitable cuestionamiento sobre sus deficiencias, lo cual fue aún más evidente después de la Segunda Guerra Mundial. Esto llevó a la implementación de otro sistema: el Derecho Penal Internacional.

2. El Derecho Penal Internacional en la postguerra

La Segunda Guerra Mundial fue un momento traumático para la historia universal. El genocidio de aproximadamente seis millones de judíos y los estragos causados a los sobrevivientes y naciones involucradas, plantearon la gran interrogante sobre qué debía hacerse con los autores de hechos como este.

Lo único que estaba claro es que las medidas tomadas después de la Primera Guerra Mundial no habían dado resultados; se requería de algo más que tratados de paz y la Sociedad de Naciones. Como resultado de esta reflexión surgió el llamado proceso de Núremberg, a partir de la adopción, entre otras declaraciones, del Acuerdo Cuatripartito de Londres, del 8 de agosto de 1945.

El Acuerdo, suscrito por Estados Unidos de América, el Gobierno Provisional de la República Francesa, el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, en representación de las Naciones Unidas, dispuso que se crearía un Tribunal Militar Internacional (TMI o Tribunal de Núremberg) para el enjuiciamiento de criminales de guerra cuyos delitos carecieran de una ubicación geográfica determinada, ya sean acusados individualmente, en su calidad de integrantes de grupos u organizaciones, o en ambos conceptos. Para ello, se emitió “la Carta” o Estatuto del TMI, que contenía su composición, competencias y funciones.

El Estatuto del TMI establecía su competencia para los siguientes crímenes de responsabilidad personal: crímenes contra la paz (artículo 6, inciso a)⁵; crímenes de guerra (artículo 6, inciso b⁶); crímenes contra la humanidad (artículo 6, inciso c)⁷.

5 Planificar, preparar, iniciar o librar guerras de agresión, o guerras que constituyan una violación de tratados, acuerdos o garantías internacionales, o participación en planes comunes o en una conspiración para lograr alguno de los objetivos anteriormente indicados.

6 Violaciones de las leyes o usos de la guerra, entre los que se incluyen el asesinato, los malos tratos o la deportación para realizar trabajos forzados para otros objetivos con relación a la población civil de un territorio ocupado o en dicho territorio, el asesinato o malos tratos a prisioneros de guerra o a personas en alta mar, el asesinato de rehenes, el robo de bienes públicos o privados, la destrucción sin sentido de ciudades o pueblos, o la devastación no justificada por la necesidad militar, sin quedar limitadas a estos crímenes.

7 El asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la

Los magistrados del TMI eran representantes de cada una de las potencias aliadas, y la fiscalía o ministerio público estaba integrado por un equipo de agentes designado por cada Estado y dirigidos por un Fiscal General.

El proceso de Núremberg fue quizá el primer avance significativo en la protección penal de los derechos de la persona humana, toda vez que representó el primer paso en contra de la impunidad personal.

Por otra parte, de forma paralela a la creación del Tribunal de Núremberg, los principales aliados que derrotaron a Alemania en la Segunda Guerra Mundial (Estados Unidos, el Reino Unido, la República de China y la Unión Soviética) celebraron la Conferencia de Potsdam, en la cual se emitió la Declaración de Postdam del 25 de julio de 1945. En general, la Declaración definía los términos para la rendición de Japón e instaba al gobierno japonés a ofrecer la rendición incondicional de todas sus fuerzas armadas y a dar en tal contingencia las garantías apropiadas y adecuadas de buena fe. Para Japón la derrota era inminente, y aceptó los términos de la Declaración, por lo que, al igual que para el derrocado imperio alemán, se creó un tribunal penal que juzgaría los crímenes de guerra cometidos en el Lejano Oriente.

En consecuencia, se aprobó la Carta del Tribunal Militar Internacional para el Lejano Oriente, del 19 de enero de 1946, la cual establecía la constitución, competencia y proceso ante el llamado Tribunal de Tokio. Al Igual que el Estatuto del TMI, la Carta del Tribunal de Tokio otorgaba poder para juzgar

misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o con relación a los mismos, constituya o no una vulneración de la legislación interna del país donde se perpetraron.

y penalizar criminales de guerra del Lejano Oriente, a saber: crímenes contra la paz, crímenes de guerra convencionales y crímenes de lesa humanidad.

Al igual que el Tribunal de Núremberg, el Tribunal de Tokio significó un gran avance contra la impunidad en cuanto a crímenes penales de naturaleza internacional. No obstante, ambos tribunales aún presentaban algunas deficiencias. Si bien sus estatutos contenían disposiciones para un juicio justo y derechos de los acusados (artículo 16 del Estatuto del Tribunal de Núremberg y 9 de la Carta del Tribunal de Tokio), también es cierto que habían sido creados para momentos históricos determinados y para juzgar a los derrotados por los aliados, lo que tenía un componente político importante que no puede dejarse de lado.

En este sentido, si bien el Tribunal de Núremberg y del Tribunal de Tokio representaron un paso importante de la comunidad internacional contra la impunidad, no se puede dejar de notar que su establecimiento fue contrario a lo que hoy son tres principios indispensables del debido proceso penal: el juez natural, el juez imparcial y la irretroactividad de la ley.

El principio del juez natural supone la existencia de un órgano judicial preestablecido por la ley y, *contrario sensu*, la prohibición de crearlo posterior al hecho que se pretende juzgar. Esto incluye la prohibición de establecer tribunales *ad-hoc*, es decir, creados para juzgar personas o hechos determinados. Evidentemente, aun con la buena intención de juzgar a los responsables de los graves crímenes acaecidos durante la guerra, la sola existencia de los tribunales de Núremberg y Tokio incumplía este principio.

Aunado a lo anterior, el juez debe gozar *per se* de imparcialidad para juzgar los hechos que sean de su conocimiento. En el caso de

los tribunales de Núremberg y Tokio, al haber sido establecidos por los aliados, quienes fueron parte y vencedores de la guerra, su imparcialidad difícilmente podía asumirse.

Finalmente, salvo algunas excepciones, en el derecho penal rige el principio de irretroactividad de la ley, el cual supone que una persona no puede ser juzgada y sancionada por hechos *a posteriori*, es decir, de actos que cuando se realizaron no eran delitos. Aunque nadie puede negar la naturaleza delictiva de los crímenes de la Segunda Guerra Mundial, es de notar que no existía un marco jurídico internacional en el cual dichos actos estuvieran tipificados como delito, con su respectiva pena. Por el contrario, la tipificación se llevó a cabo una vez que los crímenes habían sido cometidos.

3. Reconocimiento de los principios de Derecho Penal Internacional

Más allá de lo anterior, el proceso de Núremberg fue la antesala del reconocimiento de los principios de DPI por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El 11 de diciembre de 1946 – dos meses después de que el Tribunal de Núremberg emitiera su sentencia – la Asamblea General emitió la Resolución 95, que confirmó los principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg y sus sentencias. En consecuencia, se recomendó al Comité de codificación de Derecho Internacional (cuya creación se propuso) tratar como un asunto de importancia primordial la formulación de una codificación general de los delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad, o de un Código Criminal Internacional, conteniendo los principios reconocidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg y en sus sentencias. La

Sexta Comisión⁸ remitió la propuesta a su Subcomisión 1⁹. Finalmente, esta tarea se encomendó a la Comisión de Derecho Internacional, creada a partir de una recomendación que se había hecho desde de la Resolución 94 de la Asamblea General.

Después de un amplio análisis realizado por la Comisión de Derecho Internacional, una subcomisión creada para tal efecto y un relator especial, en 1950 se aprobó la formulación definitiva de los Principios de Derecho Internacional reconocidos por el Estatuto y las sentencias del Tribunal de Núremberg y se transmitieron a la Asamblea General. Finalmente, el 12 de diciembre de 1950, la Asamblea General aprobó la Resolución 488 con 42 votos a favor, seis abstenciones y ninguno en contra. De acuerdo esta resolución, los Principios de Núremberg se enviaron a los gobiernos de los Estados Miembros para que realizaran observaciones, con la finalidad de que fueran tomadas en cuenta en la posterior preparación de un código de delitos contra la paz y la seguridad de la humanidad.

Por otra parte, el impacto del Tribunal de Núremberg y del Tribunal de Tokio fue tal que la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio en su Resolución 260 A (III) del 9 de diciembre de 1948. Esta Convención entró en vigor el 12 de enero de 1951, y dispone que el genocidio, ya sea en tiempos de paz o de guerra, es un delito de derecho internacional que los Estados parte se comprometían a prevenir y sancionar (artículo I). Para ello, las partes debían comprometerse a arreglar, de acuerdo a sus constituciones, las medidas legislativas necesarias para asegurar la aplicación de las disposiciones de la Convención

8 Foro principal de las Naciones Unidas dedicado al examen de las cuestiones jurídicas en la Asamblea General.

9 Subcomisión de la Sexta Comisión encargada de la cuestión de codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional.

y, especialmente, a establecer sanciones penales eficaces para castigar a las personas culpables de genocidio (artículo V).

Más adelante, la Asamblea General de las Naciones Unidas también aprobó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad en su Resolución 2391 (XXIII) del 26 de noviembre de 1968. Esta Convención entró en vigor el 11 de noviembre de 1970, y dispone que los crímenes de guerra son aquellos definidos en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, así como las infracciones graves enumeradas en los convenios de Ginebra de 1949. Además, define los crímenes de lesa humanidad como aquellos señalados en el Estatuto del Tribunal de Núremberg, así como la expulsión por ataque armado u ocupación y los actos inhumanos debidos a la política de *apartheid* y el delito de genocidio. Todos estos delitos fueron catalogados como imprescriptibles, cualquiera que fuera la fecha en que se hubieran cometido (artículo I).

4. La proliferación de tribunales especiales

Después de la constitución de los tribunales de Núremberg y de Tokio, y los avances que esto significó para la protección penal de los derechos de la persona humana, la región balcánica se enfrentó a un nuevo conflicto internacional que constituyó una amenaza seria para la paz internacional pero que, a su vez, significó otro aporte al desarrollo del DPI.

La hoy conocida como ex Yugoslavia, era un país constituido por varias entidades políticas ubicadas en la parte occidental de la Península Balcánica en Europa. Sin embargo, durante la década de 1990 diversos problemas estructurales, como el colapso económico y la muy diversa identidad cultural, provocaron una

serie de conflictos e tensiones políticas que concluyeron en la desintegración del país.

Durante este conflicto, nuevamente se llevaron a cabo diversas atrocidades – cometidas por las diferentes partes involucradas – que alarmaron a la comunidad internacional, tales como asesinatos en masa, detenciones y violaciones de mujeres de forma masiva, organizada y sistemática y la práctica de depuración étnica, así como la adquisición y retención de territorio. En consecuencia, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas aprobó en su Resolución 827 del 25 de mayo de 1993, el establecimiento del Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de dichas graves violaciones del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la ex Yugoslavia a partir de 1991 (TIEY).

De acuerdo al Estatuto del TIEY, éste tenía competencia para conocer sobre: violaciones graves de los convenios de Ginebra de 1949 (artículo 2)¹⁰; violación de las leyes o usos de

10 A saber: homicidio intencional; tortura o tratos inhumanos, incluidos los experimentos biológicos; actos deliberados que causen grandes padecimientos o graves daños a la integridad física o la salud; destrucción o apropiación de bienes no justificadas por necesidades militares y llevadas a cabo en gran escala y en forma ilícita y arbitraria; uso de coacción para obligar a un prisionero de guerra o a un civil a prestar servicios en las fuerzas armadas de una potencia enemiga; privación deliberada a un prisionero de guerra o a un civil de su derecho a un juicio justo y con las debidas garantías; deportación, traslado o reclusión ilícitos de un civil, y toma de civiles como rehenes.

la guerra (artículo 3)¹¹; genocidio (artículo 4)¹², y crímenes de lesa humanidad (artículo 5)¹³.

El TIEY presentó una gran evolución jurídica y democrática en comparación con sus antecesores, los tribunales de Núremberg y de Tokyo. Por ejemplo, la constitución del Tribunal no se hacía por parte de los Estados vencedores en el conflicto, sino que los magistrados eran elegidos por la Asamblea General a partir de una lista presentada por el Consejo de Seguridad (artículo 13 bis 1 del Estatuto del TIEY); además, de los 16 magistrados que componen la Sala, no podía haber dos que fueran nacionales del mismo Estado (artículo 12.1 del Estatuto del TIEY).

Igualmente, el Estatuto contiene disposiciones no sólo en cuanto a competencia y jurisdicción, sino también sobre la constitución de una primera instancia y una apelación (artículo 25), más allá de las garantías fundamentales del acusado. Por

11 A saber, sin que la lista sea exhaustiva: el empleo de armas tóxicas o de otras armas que hayan de ocasionar sufrimientos innecesarios; la destrucción arbitraria de ciudades, pueblos o aldeas, o su devastación no justificada por necesidades militares; los ataques o bombardeos, por cualquier medio, de pueblos, aldeas o viviendas o edificios indefensos; la apropiación o destrucción de instituciones consagradas al culto religioso, la beneficencia y la educación o las artes y las ciencias, monumentos históricos, u obras de arte y científicas, o los daños deliberados a éstos y el pillaje de bienes públicos o privados.

12 A saber, cualquier acto enumerado a continuación que sea perpetrado con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso: matanza de miembros del grupo; lesiones graves a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial; la imposición de medidas destinadas a impedir los nacimientos dentro del grupo y el traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo. Siendo punibles: el genocidio; la conspiración para cometer genocidio; la instigación directa y pública a cometer genocidio; la tentativa de genocidio y la complicidad.

13 A saber: asesinato; exterminio; esclavitud; deportación; encarcelamiento; tortura; violación; persecución por motivos políticos, raciales o religiosos y otros actos inhumanos, todos cometidos en contra de la población civil.

ejemplo, en cuanto a la pena, a diferencia del Tribunal de Núremberg, que podía imponer la pena de muerte, la Sala del TIEY sólo puede imponer penas de privación de libertad o, en su caso, la devolución de bienes e ingresos adquiridos por medio delictivo (artículo 24).

La rendición de cuentas también es un avance importante en el TIEY, por lo que debe presentar un informe anual al Consejo de Seguridad y a la Asamblea General (artículo 34).

Los aportes del TIEY al DPI no han sido sólo de índole procesal. En este sentido, ha destacado la interpretación de conceptos que ha hecho el Tribunal y la jurisprudencia sustantiva que ha emanado de dicho órgano. No sería posible en la extensión del presente artículo enumerarlas todas, pero se destacarán dos ejemplos que se consideran muy ilustrativos.

El primer ejemplo se destaca por la manera en que el TIEY hizo una interpretación *pro homine* de los convenios de Ginebra. En este sentido, en el caso *Aleksovski*, el Tribunal interpretó el ámbito de aplicación del concepto “personas protegidas” señalado en el artículo 4 del Cuarto Convenio de Ginebra. La Sala de Apelaciones determinó que dicho concepto debía interpretarse de la forma más amplia para la máxima protección de la población civil, de tal forma que la nacionalidad no podía ser el único criterio para ser considerado persona protegida. En consecuencia, las personas musulmanas debían ser tenidas como parte de este concepto aun al tener la misma nacionalidad que los victimarios¹⁴.

14 Prosecutor V. Zlatko Aleksovski, Case No. IT-95-14/1-A, Judgement, 24 March 2000. “However, the Appeals Chamber also confirms the finding in the Tadi Judgement that, in certain circumstances, Article 4 may be given a wider construction so that a person may be accorded protected status, notwithstanding the fact that he is of the same nationality as his captors”.

En un segundo ejemplo se puede destacar la interpretación del Tribunal acerca de los elementos necesarios para la configuración del delito, lo que sería un importante aporte para su tipificación posterior en el Estatuto de Roma. Al respecto, en el caso Jelusic, la Sala de Apelaciones confirmó el criterio de la Sala de Primera Instancia según el cual el delito de genocidio requería el dolo por parte de la persona responsable, de forma que quisiera destruir a cierto grupo nacional, étnico, racial o religioso¹⁵. Lo anterior fue confirmado en el caso Krstic, donde además, la Sala de Apelaciones incluyó el elemento de la intención de destruir determinado grupo “parcialmente”¹⁶.

Por otra parte, también en la década de 1990 tuvo lugar un conflicto de grandes dimensiones en África Central, específicamente en la República de Ruanda. Fue entre el 6 de abril y el 4 de julio de 1994 que se llevó a cabo un fuerte intento de exterminio de la población tutsi por parte del gobierno hutu. Este conflicto provocó aproximadamente 800.000 víctimas mortales y millones de refugiados.

En consecuencia, en el seno del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, se aprobó el Estatuto del Tribunal

15 Prosecutor V. Goram Jelusic, Case No. IT-95-10-A, Judgement, 05 July 2001. “The Appeals Chamber considers that a question of interpretation of the Trial Chamber’s Judgement is involved. Read in context, the question with which the Judgement was concerned in referring to *dolus specialis* was whether destruction of a group was intended. The Appeals Chamber finds that the Trial Chamber only used the Latin phrase to express specific intent as defined above. (...) Accordingly, the Appeals Chamber agrees with the respondent and holds that the prosecution’s challenge to the Trial Chamber’s finding on this issue is not well founded, being based on a misunderstanding of the Judgement. This part of the prosecution’s third ground of appeal therefore fails”.

16 Prosecutor V. Radislav Krstic, Case No. IT-98-33-T, Judgement, 02 August 2001. “The Trial Chamber concludes that any act committed with the intent to destroy a part of a group, as such, constitutes an act of genocide within the meaning of the Convention”.

Penal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de genocidio y otras violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de Ruanda y a ciudadanos de Ruanda responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994, a través de la Resolución 955 del 8 de noviembre de 1994.

El llamado Tribunal Internacional para Ruanda (TIPR) fue compuesto con las mismas características de composición y proceso que el Tribunal para la ex Yugoslavia, a excepción de su competencia *ratione materiae*. Al igual que el Estatuto del TIEY, de acuerdo al Estatuto del TIPR el Tribunal tenía competencia para resolver con relación a los hechos de genocidio (artículo 2) y crímenes de lesa humanidad (artículo 3). La diferencia está en su competencia sobre las violaciones del artículo 3 común a los convenios de Ginebra y del Protocolo Adicional II de los convenios (artículo 4)¹⁷. Esta diferencia radica en que en Ruanda el conflicto fue catalogado de carácter interno y, aun pese a los criterios a favor de la internacionalización del mismo, el Tribunal confirmó su carácter interno no internacional.

Al igual que el TIEY, el Tribunal de Ruanda significó grandes aportes al desarrollo del DPI y de la misma forma,

17 A saber: los actos de violencia contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas, especialmente el homicidio y el trato cruel como la tortura, la mutilación o cualquier otra forma de castigo corporal; los castigos colectivos; los actos de terrorismo; los ultrajes a la dignidad personal, en particular los tratos humillantes o degradantes, la violación, la prostitución forzada y cualquier otra forma de agresión indecente; el saqueo; la aprobación de sentencias y la realización de ejecuciones sin un fallo previo pronunciado por un tribunal constituido regularmente y que haya ofrecido todas las garantías judiciales consideradas indispensables por los pueblos civilizados, y las amenazas de perpetración de cualquier de los actos precedentes.

llevó a cabo avances jurisprudenciales importantes. En este artículo destacaremos uno de ellos, cuya importancia radica en haber sido la primera condena por el delito de genocidio y la primera vez que la violación fue considerada como uno de sus componentes.

En este sentido, en el caso Akayesu, el Tribunal encontró que en la mayoría de los casos la violación de mujeres tutsi se acompañaba del intento de matarlas, incluso, muchas violaciones se llevaban a cabo cerca de las fosas comunes a donde se llevaba a las mujeres para ser asesinadas. En consecuencia, el Tribunal concluyó que dichos actos se habían cometido con la intención específica de destruir al grupo tutsi como tal, por lo que se encuadraban en lo descrito por el artículo 2 (2) de su Estatuto, constituyendo los elementos de hecho del delito de genocidio¹⁸.

En definitiva, los tribunales para la ex Yugoslavia y para Ruanda constituyeron importantes avances procesales y sustantivos en el DPI, un gran paso contra la impunidad de graves violaciones de derechos humanos. Sin embargo, más allá de lo anterior, se concretó una fuerte tendencia para la proliferación de tribunales internacionales especiales, aun

18 The Prosecutor versus Jean-Paul Akayesu. Case No. ICTR-96-4-T, Decision of 2 September 1998. “On the basis of the substantial testimonies brought before it, the Chamber finds that in most cases, the rapes of Tutsi women in Taba, were accompanied with the intent to kill those women. Many rapes were perpetrated near mass graves where the women were taken to be killed (...) In this respect, it appears clearly to the Chamber that the acts of rape and sexual violence, as other acts of serious bodily and mental harm committed against the Tutsi, reflected the determination to make Tutsi women suffer and to mutilate them even before killing them, the intent being to destroy the Tutsi group while inflicting acute suffering on its members in the process. (...) In light of the foregoing, the Chamber finds firstly that the acts described supra are indeed acts as enumerated in Article 2 (2) of the Statute, which constitute the factual elements of the crime of genocide, namely the killings of Tutsi or the serious bodily and mental harm inflicted on the Tutsi. (...)”.

después de la constitución de la Corte Penal Internacional, lo que será abordado con posterioridad. Al respecto, se pueden mencionar los siguientes:

- El Tribunal Especial para Sierra Leona fue instituido por un acuerdo entre las naciones Unidas y el Gobierno de Sierra Leona, de conformidad con la Resolución 1315 (2000) del Consejo de Seguridad, el 14 de agosto de 2000. Fue creado para juzgar las infracciones graves del Derecho Internacional Humanitario cometidas en este país después del 30 de noviembre de 1996. Entre los hechos, destacaba el fenómeno de los “niños soldados”.
- La Administración Transitoria de las Naciones Unidas en el Timor Oriental fue creada por la Resolución 1272 de 25 de octubre de 1999, después de la violencia que se había desatado con la anexión y ocupación del Timor Oriental por Indonesia, de 1975 a 1999. En consecuencia, la Administración creó la Regulación No. 15 del 6 de junio de 2000, con la cual se crearon salas con competencia exclusiva sobre delitos criminales graves (lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra).
- La Misión Transitoria de las Naciones Unidas en Kosovo fue creada por la Resolución 1244 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas después de la intervención de la OTAN en Kosovo, el 10 de junio de 1999. La Administración confía los procesos penales a cinco tribunales de distrito y al Tribunal Superior de Pristina, la instancia de apelación. Para el nombramiento de sus jueces y fiscales, el fiscal, el acusado o el consejo de la defensa pueden someter al Departamento de Asuntos Judiciales una petición para el nombramiento de jueces para asegurar la independencia e imparcialidad. La propuesta se somete al criterio del Representante Especial

del Secretario General de las Naciones Unidas, quien lo aprueba o rechaza.

- Las Salas Especiales para Camboya fueron creadas por un acuerdo entre el Secretario General de las Naciones Unidas y el Gobierno de Camboya, el 3 de junio de 2003. Tenían como objeto juzgar a los responsables del régimen Jemer (del entonces Partido Comunista de Camboya) quienes a mitad de la década de 1970, llevaron a cabo el exterminio de millones de personas.
- El Tribunal Especial Iraquí fue creado después de la captura de Saddam Hussein en diciembre de 2003 por el Consejo de Gobierno Iraquí, con fundamento en las resoluciones 1483 (2003), 1500 (2003) y 1511 (2003) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. El Tribunal fue establecido para conocer los hechos del 17 de julio de 1968 al 1 de mayo de 2003, período en que Hussein y otros miembros del partido tomaron el poder y en el cual se produjeron actos como el uso de armas químicas, torturas y masacres, entre otros.

Como se ha podido observar, desde el Tribunal de Núremberg hasta los subsecuentes tribunales especiales, se logró juzgar la responsabilidad personal de las personas que habían cometido crímenes internacionales. Estos tribunales constituyeron los pasos más importantes en la lucha contra la impunidad; sin embargo, en su configuración y actuar se pueden destacar tanto fortalezas como debilidades. En efecto, lograron la condena de los responsables de unas de las más grandes atrocidades durante la guerra y dieron forma a los primeros rasgos de órganos internacionales en materia penal. Incluso, en el transcurso de los años, los diversos tribunales especiales fueron mejorando algunos aspectos, en su mayoría procesales y de constitución del tribunal, que antes representaban una contraposición con

los principios fundamentales del derecho penal. Sin embargo, aun con ciertos ajustes, la constitución de tribunales especiales no logró subsanar por completo dichas carencias, por lo que la comunidad internacional se enfrentó a otro desafío en la búsqueda de fórmulas para castigar penalmente las infracciones a normas y principios de la protección internacional de la persona humana.

5. El Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional

Desde el Proceso de Núremberg se configuraron importantes pasos para la evolución del DPI. Sin embargo, sin pretender minimizar los logros alcanzados por el Tribunal de Núremberg y demás tribunales, pareciera que el establecimiento de cortes especiales era consecuencia de un cargo de conciencia de la comunidad internacional y no de un compromiso con el deber de prevenir los actos que después eran condenados. En otras palabras, las acciones llevadas a cabo respondían más a una estrategia de mitigar los daños causados en específico, que a pensar en un órgano internacional autónomo y permanente. En efecto, la falta de un órgano con estas características significaba un impedimento para juzgar a todas las personas que cometieran crímenes internacionales, ya que no podemos dejar de observar que los hechos condenados – sin negar su atrocidad – no representan todos los actos de este tipo que se han cometido a nivel mundial, sino, simplemente, los que han llamado la atención de la comunidad internacional, a nivel de un foro político – Naciones Unidas. Además, no puede ignorarse la evidente necesidad de trasladar los principios básicos del derecho penal a lo que se iba formando en ese momento como DPI.

Esto cambió el 1 de julio del 2002, con la entrada en vigor del Estatuto de Roma y el establecimiento de una Corte Penal Internacional (CPI). Si bien la proyección de un tribunal penal internacional permanente se hizo realidad hasta hace escasos 11 años, lo cierto es que fue un largo proceso de diálogo, negociación y estudio que involucró al Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos.

Aunque el juzgamiento por parte de un tribunal internacional se había dispuesto desde la Convención para la Sanción del Crimen de Genocidio de 1948, no fue hasta el año de 1998 que se retomó la discusión del tema de manera más formal con la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, que se llevó a cabo en Roma entre junio y julio de 1998. En ella participaron más de 160 gobiernos y después de intensas semanas de deliberación, se obtuvieron 120 votos a favor, 7 en contra y 21 abstenciones para la adopción del Estatuto de Roma de la CPI. A partir de entonces, el Estatuto estuvo abierto para su firma y ratificación.

De acuerdo con el Estatuto de Roma, la CPI es una institución permanente facultada para ejercer su jurisdicción sobre personas respecto de los crímenes más graves de trascendencia internacional, con carácter complementario de las jurisdicciones penales nacionales (artículo 1).

El Estatuto de Roma contiene una importante tipificación penal que limita su competencia. Ésta es, quizá, el aporte más importante del Estatuto de Roma al desarrollo del DPI. Aunque se encuentra ampliamente basado en la descripción de delitos que se hicieron en los estatutos y cartas constitutivas de otros tribunales, por primera vez la comunidad internacional cuenta con una tipificación amplia, formal y, sobre todo, homologada.

El Estatuto contempla su competencia en los siguientes delitos: crimen de genocidio (artículo 6); crímenes de lesa humanidad (artículo 7) y crímenes de guerra (artículo 8).

Comparando brevemente el Estatuto de Roma con el Estatuto del Tribunal de Núremberg, se pueden observar las siguientes diferencias esenciales: i) se tipifica el delito de genocidio con elementos específicos; ii) se incluyen más delitos a la lista de crímenes de lesa humanidad (por ejemplo: la encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; la tortura; la violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable; la desaparición forzada de personas y el crimen de apartheid), y iii) se elimina la categoría “crímenes contra la paz” y se fusiona con “crímenes de guerra”, además de que se incluyen otros delitos a esta categoría de acuerdo a las infracciones detalladas en los convenios de Ginebra.

La CPI está constituida y operando desde febrero de 2003, al elegirse los primeros magistrados de acuerdo a sus conocimientos en derecho penal, internacional y derechos humanos, entre los cuales fue nombrada la reconocida jurista Elizabeth Odio Benito, a cuyo homenaje responde la presente publicación.

En la actualidad, 18 casos en el contexto de ocho situaciones han sido llevados ante la CPI. Asimismo, cuatro Estados parte (Uganda, la República Democrática del Congo, la República Centroafricana y Malí) han remitido casos ocurridos en su territorio a la Corte. Además, el Consejo de Seguridad remitió la situación en Darfur, Sudán y Libia, por lo que después de un análisis exhaustivo de la información disponible, la Fiscalía ha abierto y está realizando investigaciones en todas estas situaciones.

Al momento, 122 países son Estados parte en el Estatuto de Roma, 34 africanos, 18 de Asia y el Pacífico, 18 de Europa del Este, 27 de América Latina y el Caribe y 25 de Europa Occidental y otros Estados.

La CPI emitió su primera sentencia el 14 de marzo de 2012, con la que se logró la condena de Thomas Lubanga, culpable de alistar a niños soldados en los enfrentamientos de la República Democrática del Congo entre 2002 y 2003, además de otros delitos bajo su cargo, como asesinatos, torturas y violaciones.

La CPI ha significado el progreso más grande para la consolidación de la protección de la persona humana a través del DPI, pues a pesar de sólo contar con un caso resuelto hasta el momento, sólo su Estatuto tiene importantes avances frente a las cortes que la antecedieron.

Así, la tipificación de delitos en el Estatuto no sólo es más completa, sino que toma en cuenta la perspectiva de género. En este sentido, es la primera tipificación penal internacional que se hace en materia de violencia sexual bajo la categoría de crímenes de lesa humanidad o, incluso, genocidio. Además, contiene una formulación importante de aspectos procesales, entre los que se puede destacar la incorporación de normas de procedimiento y evacuación de pruebas con relación a la víctima y testigos de violencia sexual, como por ejemplo, la prohibición de entregar evidencias sobre la conducta sexual anterior o posterior de la víctima. Esto es un avance significativo en la protección de los derechos de las mujeres y de los derechos reproductivos.

Por otra parte, las disposiciones del Estatuto de Roma y la breve jurisprudencia de la CPI han tenido un significativo impacto en la jurisprudencia de tribunales nacionales de alta jerarquía, quienes han acogido los principios del DPI en el derecho interno con el fin de juzgar crímenes de genocidio o

lesa humanidad, considerándolos como delitos imprescriptibles y desconociendo, cada vez más, las disposiciones de amnistía.

No obstante, la CPI también ha sido objeto de críticas que, en efecto, constituyen una serie de desafíos a los que se enfrenta. Está el desafío de la universalidad, que se refiere a la ratificación del Estatuto por parte de los países más poderosos. Por ejemplo, a la fecha no han ratificado el Estatuto, Estados Unidos de América, China y Rusia.

Este y otros retos son de magnitud considerable, pero no por ello puede disminuirse el valor y entidad de los aportes a la justicia penal internacional y a la lucha contra la impunidad que la CPI y su Estatuto base representan. En esta materia, como en general en el derecho internacional contemporáneo, es importante reiterar que el fortalecimiento de la CPI corresponde no sólo ni principalmente al Tribunal, sino a la comunidad de los Estados.

6. Acogida del Derecho Penal Internacional en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Los alcances del DPI son amplios, de forma que los criterios y principios que en él se desarrollan afectan no sólo a los casos en concreto, sino también a otras áreas del derecho internacional público. Esta interrelación se da aún cuando son sistemas diferentes, con ámbitos de competencia distintos. Por ejemplo, el DIH es aplicable en situaciones de conflicto armado, mientras que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) es aplicable en tiempos de paz y de guerra. En el DIH y el DIDH los entes cuya responsabilidad se alega son en general los Estados, mientras que en el DPI se analiza la responsabilidad personal.

Los tribunales regionales en el área del DIDH muchas veces han recurrido a las consideraciones y jurisprudencia que emana del DPI con el fin de “dar luz” e interpretar los alcances de los tratados internacionales sobre los cuáles tienen competencia. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha expresado que es “una práctica reiterada [del Tribunal] utilizar distintos instrumentos y fuentes internacionales más allá del Pacto de San José para definir los contenidos e incluso ampliar los alcances de los derechos previstos en la Convención Americana y precisar las obligaciones de los Estados [...]”¹⁹.

En efecto, esta ha sido una práctica constante de la Corte IDH, por lo que a continuación se destacarán algunos ejemplos en los ha tomado en cuenta la jurisprudencia de diversos tribunales penales internacionales al resolver sus propios casos.

En el caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú (2006)²⁰, la Corte IDH conoció los hechos relativos al “Operativo Mudanza” dentro del Penal Miguel Castro Castro, durante el cual se produjo la muerte de al menos de 42 internos y heridas a 175, además de haber sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes a otros 322. Al analizar los tratos que recibieron los internos en los centros de salud a los que fueron trasladados durante y terminado el ataque, la Corte IDH consideró que

Siguiendo el criterio jurisprudencial y normativo que impera tanto en el ámbito del Derecho Penal Internacional como en el Derecho Penal comparado, el Tribunal considera que la violación sexual no implica

19 Corte IDH, *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de mayo de 2013, Serie C No. 261, párr. 56.

20 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160.

necesariamente una relación sexual sin consentimiento, por vía vaginal, como se consideró tradicionalmente. Por violación sexual también debe entenderse actos de penetración, vaginales o anales, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril²¹.

En el caso de la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala (2009)²², se demandó la supuesta falta de debida diligencia en la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de la masacre de 251 habitantes del Parcelamiento de Las Dos Erres, ocurrida entre los días 6 a 8 de diciembre de 1982 y perpetrada por los kaibiles, un grupo especializado de las fuerzas armadas de Guatemala. Al respecto, la Corte IDH estimó que la falta de investigación de hechos graves contra la integridad personal como torturas y violencia sexual en conflictos armados y/o dentro de patrones sistemáticos, constituyen un incumplimiento de las obligaciones del Estado frente a graves violaciones de derechos humanos. Entre sus consideraciones, observó²³ lo dispuesto por el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia²⁴ y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda²⁵.

21 *Ibidem*, párr. 310.

22 Corte IDH, *Caso de la Masacre de las Dos Erres. vs. Guatemala*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2009, Serie C No. 211.

23 *Ibidem*, párr. 140.

24 Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, Trial Ch II, Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgment, Dec. 10, 1998, paras. 267.i, 295; ICTY, Trial Ch II, Prosecutor v. Delalic et al (Celebici case), Judgment, Nov. 16, 1998, paras. 941; ICTY, Appeals Ch. Prosecutor v. Delalic et al (Celebici case), Judgment, Feb. 20, 2001, paras. 488, 501; y ICTY, Trial Ch II, Prosecutor v. Kunarac et al, Judgment, Feb. 22, 2001, paras. 656, 670, 816.

25 Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Trial Ch I. Prosecutor v. Akayesu, Jean-Paul. Judgment, Sep. 2, 1998, paras. 687, 688.

Más recientemente, en el caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2013)²⁶, la Corte IDH conoció sobre un supuesto bombardeo perpetrado el 13 de diciembre de 1998 por la Fuerza Aérea Colombiana en la vereda de Santo Domingo, sobre una zona urbana, en el cual resultaron 17 civiles muertos, entre ellos cuatro niños y dos niñas, y 27 civiles heridos, entre ellos cinco niñas y cuatro niños. Al analizar el derecho a la propiedad privada, la Corte IDH observó lo dispuesto por el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia²⁷, y señaló que el pillaje se comete cuando existe apropiación intencional e ilícita de bienes públicos o privados²⁸, y que “los actos de saqueo [involucran] graves consecuencias para las víctimas. Este será el caso cuando los bienes sean de suficiente valor monetario, o cuando se apropien los bienes de una gran cantidad de gente, en cuyo caso la escala y el impacto general de los actos de robo equivaldrían a violaciones graves del derecho y costumbre de la guerra”²⁹. En consecuencia, con esta y otras consideraciones, decidió que los daños producidos por el lanzamiento de una bomba de racimo eran imputables a Colombia y contravenían lo dispuesto por el artículo 21 de la Convención Americana (derecho a la propiedad privada).

No obstante, se han presentado casos ante la Corte IDH en que se le ha pedido que se pronuncie o aplique disposiciones del DPI y ésta se ha abstenido de hacerlo. Por ejemplo, en el caso *Las*

26 Corte IDH, *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones de 30 de noviembre de 2012, Serie C No. 259.

27 *Ibidem*, párr. 272.

28 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Kordic y Cerkez*, Sala de Apelaciones, 17 de diciembre de 2004, párr. 84, y caso *Naletilic y Martinovic*, Sala de Primera Instancia, 31 de marzo de 2003, párr. 612.

29 Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, caso *Simic, Tadic y Zaric*, Sala de Primera Instancia, 17 de octubre de 2003, párr. 101.

Palmeras vs. Colombia (2000)³⁰, se le solicitó que declarara que el Estado había violado el derecho a la vida, consagrado tanto en la Convención Americana como en los convenios de Ginebra. La Corte IDH se pronunció competente para analizar si una norma es compatible o no con la Convención Americana, pero consideró que no era pertinente determinar la compatibilidad de actos o normas de los Estados con los convenios de Ginebra³¹.

Posteriormente, en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (2006)³², la Corte IDH analizó la compatibilidad de las normas de amnistía con la Convención Americana. Si bien no determinó que el Estado había violado alguna norma de DIH, sí afirmó que los hechos del caso correspondían a un crimen de lesa humanidad y, por lo tanto, no podían sujetarse a normas que concedieran amnistía³³.

Más recientemente, en el caso *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010)³⁴, el Estado alegó que la Corte IDH no tenía competencia para determinar o declarar que en un caso existió o no un delito y, por tanto, calificar si se trata o no de un crimen de lesa humanidad. La Corte IDH reiteró que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y otros tratados que le otorguen competencia, por lo que no le corresponde determinar responsabilidades individuales, cuya definición compete a tribunales penales internos o internacionales. No

30 Corte IDH, *Caso Las Palmeras vs. Colombia*, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, Serie C No. 67.

31 *Ibidem*, párrs. 28 a 33.

32 Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154.

33 *Ibidem*, párrs. 105 a 115.

34 Corte IDH, *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de mayo de 2010, Serie C No. 213.

obstante, consideró que en su análisis de fondo puede tomar en cuenta que las violaciones puedan ser caracterizadas o calificadas como crímenes contra la humanidad por haber sido cometidas en contextos de ataques masivos y sistemáticos o generalizados hacia algún sector de la población. Lo anterior, con el objeto de explicitar de manera clara los alcances de la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana en el caso específico, así como las consecuencias jurídicas, sin que eso implique realizar imputación de un delito a persona natural alguna³⁵.

Ante esto se plantea la interrogante: ¿es el DPI ya una rama tan especializada de forma que no deba ser aplicada en el marco de otros sistemas que protegen los derechos de la persona? O, por el contrario, ¿debe fortalecerse tal interrelación entre todos los sistemas que, dentro de sus ámbitos de competencia, protegen a la persona humana? ¿No es la protección penal una nueva forma de procurar la integridad de derechos de la persona humana reconocidos internacionalmente? En definitiva es una tendencia que se encuentra aún en construcción; lo que podemos afirmar es que, como se puede observar de los ejemplos antes mencionados, aun cuando se trata de sistemas jurídicos diferentes, cada vez es mayor la influencia de uno sobre el otro. Al respecto, nos unimos a la opinión de Benavides Hernández en el sentido de que “tanto el DIH como el DIDH [nosotros agregamos el DPI] son dos caras de la misma moneda, que es la protección al ser humano. Lo más importante es que ambas disciplinas se complementan, a fin de no dejar en estado de indefensión al individuo”³⁶.

35 Ibidem, párrs. 38 a 43.

36 Benavides Hernández, Luis Ángel, *Derecho Internacional Humanitario...* pág. 45.

7. Conclusión

La protección de los derechos de la persona humana ha tenido una evolución importante no sólo en los sistemas jurídicos de los Estados, sino también a nivel internacional con órganos supranacionales que funcionan subsidiariamente al derecho interno y procuran la administración de justicia universal. Esta protección ha tenido mayor desarrollo en el DIDH y el DPI, el cual, a diferencia del primero, trata la responsabilidad personal. En efecto, los grandes crímenes que históricamente han ocasionado grandes violaciones de derechos humanos han sido ejecutados y/o planeados por individuos que, hasta antes de la segunda guerra mundial, habían permanecido en la impunidad. Afortunadamente, las atrocidades de esta guerra despertaron la consciencia universal, buscando una manera de juzgar a los responsables.

El DPI tuvo sus primeros aportes con el establecimiento del Tribunal de Núremberg y el Tribunal de Tokio para juzgar los hechos acontecidos en la guerra. Posteriormente, surgieron diversos tribunales especiales creados para otras situaciones graves acaecidas en el mundo. Sin embargo, fue la adopción del Estatuto de Roma y el establecimiento de la CPI lo que llevó a la culminación de las aspiraciones del DPI: una corte autónoma y permanente para juzgar a los responsables de crímenes penales internacionales.

La CPI representa este importante logro y su Estatuto contiene grandes avances procesales y sustantivos en el DPI, tanto para la protección de la víctima como para la garantía de los derechos del acusado. Esta corte es aún joven y aunque cuenta con un solo veredicto dictado hasta el momento (2012), sus aportes han sido significativos. Disposiciones de su Estatuto han sido ya acogidas por el derecho interno de los Estados y en general, los

principios formados en el DPI han tenido gran influencia en otras áreas del derecho internacional público, como lo es el DIDH. Al respecto, la jurisprudencia de nuestro tribunal regional (Corte IDH) ha utilizado estos principios para interpretar los alcances de los tratados sobre los cuales tiene competencia.

No obstante, la CPI aún se enfrenta a desafíos para lograr una efectiva protección de los derechos de la persona humana, entre los que destacan la necesidad de que todos los Estados ratifiquen su Estatuto y la investigación de situaciones que hayan tenido lugar en puntos muy distintos del globo. Este fortalecimiento no depende sólo de ella, sino del compromiso por la justicia universal de todos los Estados del mundo.

8. Otras referencias

Prieto Sanjuán, Rafael A., *La internacionalización de la jurisdicción penal: de Versalles a Bagdad*. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 2005.

Pocar, Fausto, “El papel del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el progreso del Derecho Internacional Humanitario y de la Justicia Internacional”, en: *El Derecho Internacional: entre lo jurídico y lo político. Homenaje al Profesor Rafael Nieto Navia*. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2010.

Namihas, Sandra, “Antecedentes, origen y evolución histórica del derecho internacional humanitario”, en: *Derecho Internacional Humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2003.

Salmón Gárate, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú, 2004.

Comisión Andina de Juristas, *La Corte Penal Internacional y los países andinos*. Comisión Andina de Juristas, Lima, Perú, 2007.

Boeglin, Nicolás, Julia Hoffmann y Juan Carlos Sainz-Borgo (Ed.), *La Corte Penal Internacional: una perspectiva latinoamericana*. Upeace University Press, San José, Costa Rica, 2012.

Disponible en: <<http://www.upeace.org/OKN/collection/cortepenal/index.cfm>>, a agosto de 2014.

Naciones Unidas, *Afirmación de los principios de derecho internacional reconocidos por el Estatuto del Tribunal de Núremberg*, Resolución 95 (I) de la Asamblea General, United Nations Audiovisual Library of International Law, 2008.

Disponible en: <http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/ga_95-I/ga_95-I_ph_s.pdf>, a agosto de 2014.

La Relación entre los Derechos Humanos y la Justicia Penal Internacional

*Manuel E. Ventura Robles**

Ha sido para mí de gran interés preparar este artículo para la edición 59 de la Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la cual se realiza en homenaje al décimo sexto aniversario de la creación de la Corte Penal Internacional y la destacada trayectoria de la ex jueza de dicha Corte, la costarricense Elizabeth Odio Benito, quien además ha fungido en importantes cargos de la administración pública costarricense, entre ellos, Segunda Vicepresidenta de la República y Ministra en varias ocasiones, así como sus reconocidos aportes a los derechos humanos y la justicia penal internacional.

Introducción

Por Derecho Penal Internacional (DPI) se entiende tradicionalmente, el conjunto de todas las normas de derecho

* Juez y ex vicepresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; miembro *ex-officio* del Instituto Interamericano de Derechos Humanos; miembro de la “International Law Association”; miembro de la “American Society of International Law”; miembro del “Instituto Hispano-Luso-Americano y Filipino de Derecho Internacional”; miembro Honorario de la “Asociación Costarricense de Derecho Internacional” y reconocido por ésta con el Premio “Manuel María de Peralta”; miembro correspondiente de la Asociación Argentina de Derecho Internacional; miembro del “Consejo Editorial de la Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos”; miembro del Consejo Editorial del Boletín de la Sociedad Brasileña de Derecho Internacional; Presidente Honorario del Instituto Colombiano de Derechos Humanos. Correo electrónico: manuelventura@cortheidh.or.cr

internacional que establecen consecuencias jurídico-penales. Se trata de una combinación de principios de derecho penal y de derecho internacional. La idea central de la responsabilidad individual y de la reprochabilidad de una determinada conducta proviene del derecho penal, mientras que las clásicas figuras penales de Núremberg, en su calidad de normas internacionales, deben clasificarse formalmente como derecho internacional y someten de este modo la conducta en cuestión a una punibilidad autónoma de derecho internacional (principio de la responsabilidad penal directa del individuo según el derecho internacional)¹.

Los desarrollos más recientes que culminaron en la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI) no sólo consolidan el DPI como sistema de derecho penal de la comunidad internacional, sino que amplían su ámbito de regulación más allá de sus fundamentos jurídico-materiales a otras zonas accesorias del derecho penal (derecho sancionatorio, ejecución penal, cooperación internacional y asistencia judicial), al derecho procesal penal y a cuestiones de organización judicial. Con ello se ha conseguido reunir y desarrollar en una obra de codificación unificada el DPI de los Estados miembros de las Naciones Unidas, teniendo en consideración los diferentes sistemas de derecho penal, con sus respectivas tradiciones.

En el examen del DPI pueden distinguirse tres planos. En primer lugar, el DPI presupone el surgimiento de ámbitos de normas primarias de derecho internacional, que sirven de conexión y constituyen intereses de protección universales. Además, requiere de un verdadero DPI material, es decir, de normas de derecho internacional que declaren punible un determinado comportamiento y fijen los presupuestos

1 Ambos, Kai, "Derechos humanos y derecho penal internacional", en: *Diálogo Político*, Número 3, Año 21, Argentina, 2004.

específicos de la imputación. Asimismo, se plantea la cuestión de quién tiene la competencia para la aplicación del DPI.

En los tres planos, el DPI se ve confrontado con el principio de soberanía estatal, respecto del cual se encuentra en una relación de tensión natural. Mientras que el principio de soberanía estatal, en su forma “pura”, postula una primacía de lo político, la idea del DPI, justamente al revés, se basa en la concepción de una sujeción normativa de todo ejercicio de poder y dominio. Así, también el desarrollo del DPI ha tenido lugar hasta el momento más que a pasos constantes, a saltos bruscos².

Por su parte, el ámbito de normas primarias más reciente hasta el momento para el DPI lo constituye la protección internacional de los derechos humanos, que evolucionó vertiginosamente después de la Segunda Guerra Mundial. Corresponde remitir aquí en particular a la Carta de las Naciones Unidas, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1949 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otra parte, específicamente en cuanto al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH), a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, con sus respectivos protocolos.

Específicamente, el SIDH es el mecanismo regional encargado de promover y proteger los derechos humanos en América. Dicho Sistema está compuesto por una serie de tratados internacionales y dos órganos de protección, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), con sede en Washington, D.C., y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH o el Tribunal) con sede en San José, Costa Rica.

2 Ibidem.

En la actualidad, desde la perspectiva del derecho internacional de los tratados, no existe ninguna duda acerca de la validez universal, al menos, del núcleo de los derechos humanos. El derecho a la vida, la prohibición de la tortura, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de discriminación por motivos raciales son consideradas, en general, *ius cogens*, en el sentido del art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La protección de los derechos humanos en el derecho internacional ha evolucionado en pocos decenios hacia la más extensa limitación de la soberanía estatal a nivel interno y se ha convertido en un fundamento de legitimación sustancial del derecho constitucional estatal.

1. Relación entre derecho penal internacional y el derecho internacional de los derechos humanos

La **relación** entre el DPI y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), parte de la impunidad universal de las severas violaciones a los derechos humanos. Dicha impunidad ha conducido a un vacío de punibilidad, y contrarrestarlo a partir de la responsabilidad individual se ha convertido en la función más importante del DPI y de su instrumento más importante, el ECPI. Basta citar los párrafos 4 y 5 del preámbulo del ECPI:

Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia [...]

Decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes.

El ECPI tiene como objetivo primordial poner fin a la impunidad de los crímenes internacionales y por primera vez, ofrece una clara y consensual tipificación de estos crímenes. Además, es de reconocer que el Estatuto no es un instrumento dogmático e inflexible, sino abierto a procesos de paz. En este sentido, el DPI remite a los autores individuales de graves violaciones a los derechos humanos a la persecución penal supranacional, a diferencia del DIDH, que no juzga individuos sino Estados. Con la creación de la Corte Penal Internacional (CPI) existe por primera vez un instrumento central de imposición del DPI, el cual complementa la persecución penal nacional. La combinación de justicia penal internacional y nacional promete un efecto de mayor alcance y con ello – en el más largo plazo – una disminución de las violaciones a los derechos humanos.

En particular, el principio de complementariedad muestra que la CPI no desea sustituir ni desplazar la justicia penal nacional (como lo han hecho, por ejemplo, los tribunales *ad hoc* creados por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas); por el contrario, se pretende que sea la **justicia penal del Estado territorial la que persiga los crímenes internacionales enumerados**. En tal sentido, la CPI sólo actúa como motor y medio de presión ante un posible fracaso de la justicia penal nacional, ya sea por falta de voluntad o de capacidad de actuar.

Por su parte, la Corte IDH, dentro del DIDH, ha definido como impunidad “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana, toda vez que el Estado tiene la

obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares”³. Esta obligación de investigar a los responsables se refiere tanto a los autores intelectuales como a los encubridores de violaciones de los derechos humanos⁴.

Asimismo, la Corte IDH ha establecido que el Estado

[...] debe remover todos los obstáculos, *de facto* y *de jure*, que mantengan la impunidad, y que ésta debe ser erradicada mediante la determinación de las responsabilidades tanto generales – del Estado – como individuales – penales y de otra índole de sus agentes o de particulares⁵.

En este sentido, ha considerado que

Se debe combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta la necesidad de hacer justicia en el caso concreto y que aquélla propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas. Este Tribunal ha destacado también que la naturaleza y gravedad de los hechos en contextos de violaciones sistemáticas de derechos humanos genera una mayor necesidad de erradicar la impunidad de los hechos⁶.

3 Corte IDH, *Caso Huilca Tecse vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 3 de marzo de 2005, Serie C No. 121, párr. 82.

4 Corte IDH, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2001, Serie C No. 74, párr. 186.

5 Corte IDH, *Caso Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de mayo de 2010, Serie C No. 212, párr. 199.

6 Corte IDH, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 25 de noviembre de 2006, Serie C No. 160, párr. 405.

Además, esta obligación de combatir la impunidad se ve acentuada cuando se trata de violaciones cuyas víctimas son niños⁷.

Esta concepción de impunidad no es sólo interamericana, por ejemplo,

De igual modo, en el Sistema Africano, la Comisión Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos ha sostenido que el otorgamiento de total y completa inmunidad contra el procesamiento y juzgamiento de violaciones de derechos humanos, así como la falta de adopción de medidas que garanticen que los perpetradores de dichas violaciones sean castigados y que las víctimas sean debidamente compensadas, no sólo impiden a las últimas la obtención de una reparación a sus violaciones, negándoles con ello su derecho a un recurso efectivo, sino que promueven la impunidad y constituyen una violación de las obligaciones internacionales de los Estados⁸.

En este sentido, la Corte IDH señaló, desde su primer caso, que

[...] el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones

7 Corte IDH, *Caso Servellón García y otros vs. Honduras*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 21 de septiembre de 2006, Serie C No. 152, párr. 154.

8 Corte IDH, *Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de noviembre de 2010, Serie C No. 219, párr. 146.

a los mismos sean efectivamente tratadas como un hecho ilícito⁹.

2. Diferencias entre el derecho penal internacional y el derecho internacional de derechos humanos

Como fue mencionado con anterioridad, la principal diferencia son los entes cuya responsabilidad se alega. Mientras que en el DIP se analiza la responsabilidad individual, en el DIDH se analiza la responsabilidad estatal.

Por otra parte, a lo largo de su jurisprudencia, la Corte IDH ha señalado otra diferencia entre la función que ésta cumple y la que le corresponde a los tribunales penales en el ámbito interno. La misma se refiere a la materia que en concreto se desarrolla, ya que las instancias penales se ocupan de imponer penas y las instancias de derechos humanos se encargan de amparar a las víctimas y disponer sobre la reparación del daño.

Otra diferencia la encontramos en el tema de la valoración de las pruebas. En el DIDH, las instancias jurisdiccionales pueden no solo recurrir a todo tipo de medios probatorios, sino que además, cuentan con gran flexibilidad en la valoración de las mismas. Por su parte, el Tribunal no recurre a una forma de valoración de pruebas tan amplia y utiliza los medios más formales, similares a los que operan en los sistemas internos.

No obstante, es importante destacar que en el ámbito del DIDH, la Corte IDH no puede establecer sanciones penales, pero si puede – mediante la obligación de investigar y sancionar a los responsables – obligar a los Estados a llevar a cabo procesos penales que deriven en una sanción penal.

9 Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4, párr. 174.

Para mejor comprensión de lo anterior, se analizará el mandato de la Corte IDH dentro del DIDH, frente al mandato de la Corte Penal Internacional en el DPI.

a. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte IDH fue establecida como consecuencia de haber entrado en vigor, el 18 de julio de 1978, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. De acuerdo con su Estatuto, es una institución judicial autónoma que tiene la función de aplicar e interpretar la Convención para asegurar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados por dicho instrumento.

El Tribunal se integra por siete jueces nacionales de los Estados Miembros de la OEA, que son elegidos “entre juristas de la más alta autoridad moral, de reconocida competencia en materia de derechos humanos, que reúnan las condiciones requeridas para el ejercicio de las más elevadas funciones judiciales conforme a la ley del país del cual sean nacionales o del Estado que los proponga como candidatos”¹⁰. Tienen un mandato de seis años y sólo pueden ser reelegidos una vez.

El funcionamiento de la Corte IDH se rige, además de la Convención Americana, por un estatuto y un reglamento. El Estatuto de la Corte fue aprobado mediante Resolución No. 448 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno período de sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia, en octubre de 1979. Por su parte, el Reglamento ha sido reformado en seis ocasiones y su última versión fue aprobada por la Corte IDH en su LXXXV Período Ordinario de sesiones, celebrado del 16 al 28 de noviembre de 2009.

10 Artículo 52 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).

Competencias de la Corte IDH

De acuerdo con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH ejerce las funciones contenciosa y consultiva.

Competencia contenciosa

La competencia contenciosa se refiere a la resolución de casos en que se ha alegado que uno de los Estados parte ha violado la Convención Americana. En este sentido, la Corte IDH resuelve si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional por la violación de algún derecho reconocido en la Convención Americana o en otros tratados de derechos humanos del SIDH y, si es el caso, dispone las medidas de reparación y supervisa su cumplimiento.

Al respecto, el artículo 62 de la Convención Americana, establece que:

1. Todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.
2. La declaración puede ser hecha incondicionalmente, o bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado o para casos específicos. Deberá ser presentada al Secretario General de la Organización, quien transmitirá copias de la misma a los otros Estados Miembros de la Organización y al Secretario de la Corte.

3. La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

De acuerdo con el artículo 61.1 de la Convención “[s]ólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

El artículo 63.1 de la Convención incluye la siguiente disposición concerniente a los fallos de la Corte:

Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Con relación a los efectos de la competencia del Tribunal, los fallos por éste emitidos son “definitivo[s] e inapelable[s]”. Sin embargo, “en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo” (artículo 67, Convención Americana). Los Estados parte “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (artículo 68, Convención Americana). Incluso, el Tribunal tiene la facultad de someter a la Asamblea General en cada período ordinario de sesiones, un informe sobre su labor,

en el cual “[d]e manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos” (artículo 65, Convención Americana).

- **Medidas provisionales**

Además, dentro de la competencia contenciosa se debe hacer referencia a las medidas provisionales, a través de las cuales la Corte IDH podrá tomar las medidas que considere pertinentes en casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas. El Tribunal puede ordenar estas medidas provisionales en casos que estén en su conocimiento o en asuntos que aún no se han sometido a su conocimiento, en cuyo caso actuará a solicitud de la CIDH. Al respecto, el artículo 63.2 de la Convención señala que:

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.

De acuerdo a la base convencional y reglamentaria de las medidas provisionales, para que sean dictadas por la Corte IDH deben cumplirse los siguientes requisitos: i) que el Estado miembro de la OEA sea parte de la Convención Americana y ii) que haya reconocido expresamente la competencia contenciosa de la Corte IDH. Asimismo, el artículo 63.2 de la Convención exige que para que la Corte IDH pueda disponer de medidas provisionales, deben concurrir tres condiciones: i) extrema gravedad; ii) urgencia, y iii) que se trate de evitar daños irreparables a las personas. Estas tres condiciones son coexistentes y deben estar presentes en toda situación en la que se solicite la intervención del Tribunal. Del mismo modo, las

tres condiciones descritas deben persistir para que la Corte IDH mantenga la protección ordenada. Si una de ellas ha dejado de tener vigencia, corresponde al Tribunal valorar la pertinencia de continuar con la protección ordenada.

Competencia consultiva

Por otra parte, la competencia consultiva es aquella interpretación de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos que hace la Corte IDH a través de una consulta hecha por los Estados miembros de la OEA o cualquiera de los órganos señalados en la Carta de la OEA, reformada por el Protocolo de Buenos Aires de 1967. A través de esta función, la Corte IDH establece estándares claros sobre la promoción y protección de los derechos humanos. Asimismo, puede referirse a la compatibilidad de las normas internas y los instrumentos del SIDH.

Al respecto, el artículo 64 de la Convención dice textualmente:

1. Los Estados Miembros de la Organización 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. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.
2. La Corte, a solicitud de un estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

El derecho de solicitar una opinión consultiva no se limita a los Estados parte en la Convención; todo Estado miembro de la OEA tiene capacidad de solicitarla. Igualmente, la competencia consultiva de la Corte IDH fortalece la capacidad de la Organización para resolver los asuntos que surjan por la aplicación de la Convención, ya que permite a los órganos de la OEA consultar a la Corte IDH, en lo que les compete.

b. La Corte Penal Internacional

Antecedentes

Luego de los dramáticos episodios de la Segunda Guerra Mundial, la comunidad internacional hizo un acto de contrición y juró que nunca más se repetirían aquellos hechos. Se hablaba entonces del nacimiento de un nuevo orden internacional, sustentado en las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

La Asamblea General de Naciones Unidas, por la resolución número 260A de 9 de diciembre de 1948, promulgó la Convención sobre la Prevención y Castigo de los Crímenes de Genocidio. A partir de esta convención comienza a tipificarse el genocidio como una forma organizada de exterminio de un conjunto de seres humanos en razón de su nacionalidad, etnia, raza o credo religioso, con el objetivo explícito de ponerle fin a su existencia colectiva, mediante un planeamiento central y ejecutado por una organización implementada al efecto. Por esa razón, el genocidio ha sido considerado un crimen de Estado, ya que generalmente son los Estados los que brindan la logística y los recursos necesarios para llevar a cabo tal destrucción. Sin embargo, también hay registro de genocidios cometidos por grupos irregulares.

En ese contexto, el Consejo de Seguridad de la ONU le recomendó a un panel de expertos que explorara la posibilidad de establecer una corte supranacional de justicia en materia criminal, con carácter permanente. Tras largos debates, la idea tampoco avanzó.

La ilusión de una nueva era de paz y de respeto a los derechos humanos duró muy poco. Nuevos y resonantes conflictos aceleraron la idea de establecer el tribunal internacional. Las matanzas se repetirían, tal y como lo demuestran los hechos ocurridos en Bosnia y Herzegovina en 1992. Una vez más, ahora en Los Balcanes, surgieron líderes populistas que ardorosamente promovían la exaltación nacionalista y la superioridad racial, adoptando incluso nuevas formas de limpieza étnica¹¹. Los líderes serbios, principalmente Slobodan Milošević y Radovan Karadzic, en su objetivo de unificar a los serbios en un mismo territorio, desataron una guerra de exterminio, principalmente en contra los croatas, bosnios y albaneses, que duró poco más de tres años y que causó cerca de 100.000 víctimas entre civiles y militares, y más de un millón 800 mil desplazados.

La comunidad internacional reaccionó muy tarde, y el Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia fue establecido en cumplimiento de la resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el día 25 de mayo de 1993¹². En el año 2001, el Tribunal para la antigua Yugoslavia

11 Entre ellas la violación sexual por parte de los soldados serbios para que las mujeres bosnias, croatas y albanesas tuvieran hijos con sangre serbia. Hoy esta conducta se tipifica como crimen de guerra.

12 Al Tribunal se le otorgó jurisdicción internacional para perseguir y procesar a las personas físicas por graves violaciones de las convenciones de Ginebra de 1949, violaciones de las convenciones internacionales sobre el derecho de la guerra y la costumbre internacional, crímenes contra la humanidad y genocidio. Es importante destacar que el propio Tribunal incluyó los delitos sexuales como forma de tortura y como instrumento ilegal de la guerra.

solicitó la detención de Milošević y, aunque Yugoslavia no había reconocido hasta ese momento la jurisdicción del Tribunal, el 28 de junio de 2001 Milošević fue detenido y trasladado a La Haya, donde se le procesó por crímenes de guerra, contra la humanidad y genocidio. Este tribunal tiene el mérito de haber sentado en el banquillo de los acusados a una figura poderosa de muy alto rango, como era Milošević, quien, sin haber recibido sentencia, fue hallado muerto en su celda el 11 de marzo de 2006.

Para la década de los años noventa, los hechos en Sierra Leona y Ruanda sobrecogieron al mundo. En Sierra Leona se estima que durante la guerra civil, alrededor de medio millón de personas fueron víctimas de asesinatos, mutilaciones sistemáticas y otras atrocidades derivadas de un plan claramente diseñado. El Tribunal Especial para Sierra Leona fue establecido en el año 2002 para juzgar a los principales responsables de los crímenes, imputándose cargos¹³ a varios dirigentes, entre ellos al ex presidente liberiano Charles Taylor, y a los miembros de la junta militar. Se demostró que él ayudó militar y financieramente a los rebeldes del Frente Revolucionario Unido (RUF) a cambio del control sobre los llamados “diamantes de sangre”¹⁴. El juez Richard Lussick, al leer la decisión indicó:

El Tribunal ha tenido en cuenta la gravedad y el impacto físico y emocional de los crímenes perpetrados contra la población civil. Los mutilados tendrán que vivir siempre de la beneficencia. Las mujeres violadas sufrirán el estigma del asalto, y el rechazo que padecen los hijos que tuvieron. A los menores reclutados se les robó la infancia¹⁵.

13 Entre otros cargos por uso de niños-soldado, esclavitud, violación y asesinato.

14 Diamantes obtenidos en África Occidental mediante el uso de esclavos o personas en régimen de semi-esclavitud. Con ellos se financiaron algunos grupos en los conflictos bélicos en la región.

15 Tribunal Especial para Sierra Leona, sentencia de 26 de abril de 2012.

El fallo es histórico por dos motivos: (Uno) es la primera vez que resulta condenado un exjefe de Estado por la justicia internacional, en un proceso que se llevó hasta su final. (Dos) Charles Taylor no estuvo presente físicamente en los crímenes cometidos en Sierra Leona. Nunca puso el pie en territorio sierraleonés, pero al dirigir y dar las órdenes, aun a distancia, el Tribunal Especial para Sierra Leona lo ha considerado responsable directo de los asesinatos, mutilaciones y violaciones de civiles, así como del reclutamiento de los niños-soldados y de la esclavitud de mujeres y campesinos. Charles Taylor cumplirá la condena en una cárcel en Gran Bretaña.

En Ruanda, más de 800.000 hombres, mujeres y niños de la tribu tutsi y de los hutus moderados, fueron exterminados a manos de los hutus, entre abril y julio de 1994. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda fue establecido con el fin de perseguir, arrestar, juzgar y condenar a los autores o promotores del genocidio¹⁶ y condenó a cadena perpetua, entre otros, al ex gobernador de Kigali, coronel Tharcisse Renzaho, tras declararlo culpable de haber sido uno de los principales promotores del genocidio.

Como hecho relevante, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda sentó el precedente de juzgar y condenar, por primera vez, a una mujer por el crimen de genocidio. La ex Ministra de la Familia, Pauline Nyiramasuhuko, y su hijo, de etnia hutu, fueron encontrados culpables de alentar la matanza de civiles tutsis en el país africano. Ambos fueron condenados a cadena perpetua.

16 Este Tribunal fue creado por la resolución No. 955 del 8 de noviembre de 1994 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y tiene su sede en Tanzania. Se compone por tres salas de primera instancia, conformadas cada una por tres jueces y una sala de apelaciones que comparte con el Tribunal para los crímenes en la antigua Yugoslavia.

Como precedente, también es importante destacar que este tribunal juzgó a civiles que no pertenecían formalmente a los estamentos militares o políticos. Resulta muy llamativo que se condenara a periodistas, sacerdotes, cantantes de *rock*, locutores, pastores religiosos, entre otros.

A pesar de los logros y de los buenos propósitos que animaron su creación y funcionamiento, los de la antigua Yugoslavia, Sierra Leona y Ruanda siguen siendo tribunales especiales, que arrastran algunos de los defectos técnicos que se le han señalado al Tribunal de Núremberg.

El Tribunal

En 1995, la Comisión de Derecho Internacional remitió a la Asamblea General de Naciones Unidas un proyecto de estatuto para la creación de una corte penal permanente y recomendó que fuera convocada una conferencia para negociar el tratado. Se formó un comité *ad-hoc* para revisar el proyecto de estatuto y durante los meses de junio y julio de 1998, se celebró en Roma la Conferencia Diplomática de Agentes Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional, con la participación en las negociaciones de 160 países.

En el acta final suscrita el 17 de julio de 1998, y conocida como el Estatuto de Roma, se estableció la creación de la Corte Penal Internacional como un organismo judicial permanente y supranacional, encargado de perseguir y condenar a quienes cometan crímenes contra la humanidad. El 11 de abril de 2002 se lograron las 60 ratificaciones necesarias para que el Estatuto de Roma entrara en vigor y así ocurrió el día 1 de julio de 2002. En su preámbulo indica su misión:

[...] que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia¹⁷.

El Estatuto de Roma es un texto muy completo que incluye diversos aspectos, entre ellos los siguientes: una sección de derecho penal especial (Parte II) en la cual se tipifican las conductas que delimitan la competencia material de la CPI. Otra de derecho penal general (Parte III) en la cual se establecen los principios generales que guiarán los procesos. También otra sobre la organización administrativa de la CPI (Parte IV). Se incluye una sección (Parte V) sobre derecho procesal, en la cual se ordenan las formas, plazos y términos que deben observarse en el trámite de procedimiento. Otra sobre cooperación y asistencia internacional (Parte IX) y también una sección sobre la ejecución de la pena (Parte X).

Es importante dejar constancia que gran parte del contenido ideológico y gramatical del Estatuto de Roma, fue tomado de la propuesta hecha por el profesor M. Cherif Bassiouni¹⁸, quien había elaborado un proyecto muy completo de Código Penal Internacional, aprobado por la Asociación Internacional de Derecho Penal y presentado al VI Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito, celebrada en Caracas en 1980. El profesor Bassiouni es reconocido como uno de los principales luchadores por la instauración de la CPI.

17 Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Aprobado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una corte penal internacional.

18 Reconocido catedrático de DePaul University con sede en Chicago, secretario general de la Asociación Internacional de Derecho Penal y Decano del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales.

La idea de un Tribunal Penal Internacional no es nueva, pero, tal vez, haya llegado ya la hora de su realización. Algunos darán, quizá, su bienvenida a esta idea en orden a su eventual aceptación por la comunidad mundial, mientras que para otros, puede parecer todavía impracticable o, incluso, utópica¹⁹.

Los primeros casos conocidos por la CPI son las acusaciones por los crímenes cometidos en la República Democrática de Congo, en Uganda, en la República Centroafricana y en Sudán, causas que han sido remitidas por los propios Estados y por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, como en el caso del Darfur sudanés.

El 14 de marzo de 2012, Thomas Lubanga fue sentenciado a 14 años de prisión por la CPI. Lubanga fue hallado culpable de alistar y reclutar niños menores de 15 años y de utilizarlos para participar activamente en los enfrentamientos en la República Democrática del Congo, entre septiembre del 2002 y agosto del 2003. Bajo su mando, el grupo irregular Ejército de Liberación del Congo cometió numerosas y graves violaciones a los derechos humanos, como fueron masacres étnicas, asesinatos, torturas, violaciones, mutilaciones y el reclutamiento por la fuerza de los niños soldados. El veredicto de la CPI, tomado por la unanimidad de los tres jueces, concluye que el acusado sabía y era consciente de la gravedad del delito de reclutamiento de menores de edad.

Referido a Uganda, el 14 de octubre del 2005 se anunció que el fiscal de la CPI emitió órdenes internacionales de búsqueda y captura inmediata en contra de cinco ugandeses pertenecientes al Ejército de Resistencia del Señor, por graves crímenes

19 Bassiouni M. (Cherif), *Proyecto de Código Penal Internacional*, primera edición. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, pág. 42.

cometidos en ese país africano. Esta es una organización de cristianos extremistas, que opera principalmente en el norte de Uganda, combatiendo contra el gobierno de ese país. Su líder es el fanático Joseph Kony, autoproclamado *medium* espiritual, quien pretende establecer un régimen teocrático basado en el fundamentalismo cristiano. Ha sido acusado de cometer graves crímenes, incluyendo el secuestro de personas, la utilización de niños soldados y de cometer un gran número de masacres. Los procesos contra Kony siguen abiertos.

En Sudán se libró una guerra, resultado de un hondo conflicto étnico-religioso, y en gran medida, una lucha por el control de los recursos naturales. Este conflicto que recrudeció desde el año 2003, ha dejado más de 300.000 muertos, millones de desplazados y refugiados. En una decisión muy aplaudida, a instancias del Consejo de Seguridad de la ONU, la CPI dictó orden de detención contra el actual presidente de Sudán, Omar al-Bashir, a quien se le acusa de crímenes de lesa humanidad y de crímenes de guerra contra la población no árabe de Darfur.

Esta decisión, marca un hito en la lucha contra la impunidad pues, en su caso, la captura se ha decretado contra una persona en ejercicio de su cargo de presidente, que representa la más alta jerarquía dentro de un Estado, y quien para estos efectos ya no tiene inmunidad. Estamos a la espera del desenlace de esa captura.

De mérito es reconocer que Costa Rica, como miembro no permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (periodo 2008-2010), tuvo un papel muy importante en promover la entrega de los responsables de los crímenes en el Darfur sudanés, tal y como lo dejó expuesto:

El Consejo de Seguridad tuvo la voluntad política de remitir la situación de Darfur a la Corte Penal Internacional, ahora debe actuar en consecuencia y exigir la entrega de parte del gobierno de Sudán de los acusados²⁰.

La CPI ha recibido muchas críticas, algunas de las cuales vale la pena tomar en cuenta. En primer lugar se ha denunciado que es selectiva y que no inicia causas contra los dirigentes de los países más ricos y poderosos, a quienes también se les atribuye haber ordenado cometer crímenes contra la humanidad. Hay quienes, incluso, apuntan a un sesgo racista, dado el enfoque especial que ha dado a los conflictos africanos.

Desde la óptica de un sistema de justicia ideal, en donde privasen los criterios de igualdad y objetividad, ciertamente sería justo que se iniciaran causas contra los que ordenaron, por ejemplo, la guerra preventiva en Irak, la persecución religiosa en el Tíbet o el aplastamiento contra la población civil en Chechenia. Sin embargo, esto no ha sucedido, lo que fortalece la teoría de una aplicación desigual del DPI.

También se le atribuye falta de eficiencia. Se dice que para el tiempo que tiene de estar en funciones y con el presupuesto que ha gastado, las sentencias de la CPI han sido muy escasas. Si bien no se puede analizar la eficiencia de un tribunal internacional como la productividad de una fábrica, también es cierto que diez años después, apenas se emiten las primeras sentencias.

Al sistema de justicia supranacional en su conjunto, se le pueden atribuir graves omisiones. La caída de los regímenes

20 Fragmento de la intervención del Ministro de Relaciones Exteriores y Culto de Costa Rica con ocasión de la sesión No. 5905 del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas, celebrada el día 5 de junio del 2008.

totalitarios de la Europa del Este no fue seguida por una investigación internacional exhaustiva y profunda, ni se establecieron tribunales para juzgar a los responsables de los crímenes cometidos por estos gobiernos. De acuerdo a las cifras conservadoras que se manejan, esos regímenes de fuerza generaron cerca de 100 millones de víctimas, entre los fusilados, asesinados, muertos en prisiones, en campos de concentración, bajo torturas, traslados masivos o tratando de escapar, etc. Los crímenes leninistas, estalinistas y maoístas y la experiencia camboyana, plantean el reto de revisar estos capítulos para sacar a luz la verdad sobre estos particulares crímenes, que consistieron en exterminar, por razones ideológicas, ya no a individuos o a grupos de opositores, sino a segmentos masivos de la sociedad.

Conforme avanza la construcción de un sistema de justicia supranacional, surgen, desde luego, resquemores de las élites políticas y comúnmente se presentan reacciones y presiones de los militares, como ocurre en el caso de Hisséne Habré²¹, quien al ser solicitado para ser juzgado en Bélgica, provocó un efecto defensivo del Estado de Chad, que ha reclamado una interpretación más restringida de estos principios internacionales.

Desde luego que estas y otras observaciones debemos tenerlas presentes. Pero ninguna crítica erosiona la gran contribución que se ha hecho la humanidad en su conjunto, al establecer las bases de un sistema de justicia supranacional.

3. Los tipos penales internacionales

El Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg constituye hasta el día de hoy el fundamento y punto de

21 Contra Hisséne Habré se formularon cargos en el año 2000 por tortura y crímenes de lesa humanidad.

partida para el nacimiento de los tipos penales internacionales. Contiene tres tipos de crímenes: contra la paz, de guerra y contra la humanidad. Estos tipos penales pueden encasillarse sin inconvenientes en los tres ámbitos de normas primarias del derecho internacional mencionados: los crímenes de guerra aparecieron como flanco penal del derecho de los conflictos armados; el crimen contra la paz está ligado a las normas de prohibición del derecho de mantenimiento de la paz, y los crímenes contra la humanidad criminalizan las más graves violaciones de los derechos humanos protegidos por el derecho internacional.

a. Crímenes de guerra

Si se examinan los crímenes de guerra con mayor detenimiento, llama la atención que el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no contenga en definitiva ningún tipo penal en sentido estricto, sino que sólo se limite a una remisión, concretizada a modo de ejemplo, a las leyes y usos de la guerra, cuya infracción es denominada crimen de guerra. El tipo penal permaneció, por lo tanto, abierto a la introducción de nuevas prohibiciones del derecho internacional de la guerra, en especial, de cara a las innovaciones técnicas. No obstante, en tal caso debía aclararse en qué medida se añadía a la norma de prohibición internacional también la punibilidad según el derecho internacional. El desarrollo posterior más importante en el ámbito de los crímenes de guerra lo constituye la extensión del DPI a las infracciones normativas en el conflicto armado no internacional.

Con el Estatuto de Roma de la CPI, el tipo penal internacional del crimen de guerra se ha emancipado en mayor medida del derecho de los conflictos armados y contiene ahora una enumeración taxativa de las infracciones criminalizadas. Ya el

gran número de subtipos pone de manifiesto que las violaciones de las prohibiciones del derecho de los conflictos armados han sido criminalizadas a gran escala. Sin embargo, los crímenes de guerra revelan curiosas lagunas. Así, falta en especial un refuerzo penal referido a las normas que prohíben la tenencia, la propagación y el empleo de armas atómicas, biológicas y químicas.

b. Crimen de agresión

Durante mucho tiempo el crimen de agresión, todavía denominado crimen contra la paz en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg, careció de una regulación consentida en el derecho internacional de los tratados. Tan sólo estaban claros los vértices: según la jurisprudencia de Núremberg era punible en todo caso la guerra de agresión dirigida al sometimiento duradero de otro Estado o a disponer de su territorio o de sus recursos. Al mismo tiempo, también existía acuerdo en que el tipo del DPI era más estrecho que la norma de prohibición del derecho de mantenimiento de la paz. No toda infracción de la prohibición del uso de la fuerza debería experimentar una criminalización, sino solamente la agresión.

Los demás elementos de la agresión, sin embargo, siguieron siendo discutidos. Ni siquiera la Conferencia de Roma logró dar con una definición definitiva. El crimen de agresión se encontraba, por lo tanto, en un estado de espera. En la primera Conferencia de Revisión de los Estados Parte de la CPI, que tuvo lugar en mayo y junio de 2010 en Kampala, Uganda, de forma inesperada se hizo la luz. Los Estados participantes se pusieron de acuerdo sobre una definición del crimen. De forma resumida, son punibles como crimen de agresión aquellas contravenciones de la prohibición del uso de la fuerza de la Carta de la ONU que en función de su carácter, gravedad y extensión, sean

especialmente notorias. Sin embargo, hasta el año 2017 la CPI no podrá ejercer su jurisdicción sobre el crimen de agresión, como consecuencia de un complejo proceso de ratificación.

c. Crímenes de lesa humanidad

Especialmente revolucionario y precursor se mostró el reconocimiento de los crímenes de lesa humanidad como tipo penal propio en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg. Se reprimen las más graves violaciones de los derechos humanos, que tienen lugar en el marco de un ataque sistemático o extendido contra la población civil. De modo similar a los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad presuponen un contexto de poder organizado. El desarrollo ulterior más importante del tipo desde Núremberg viene representado por la superación de la cláusula Junktim, según la cual los crímenes contra la humanidad debían ser cometidos en el contexto de un conflicto armado, de un crimen de guerra o de un crimen contra la paz. La renuncia a esta exigencia se corresponde con la concepción de los crímenes de lesa humanidad como un aporte de DPI a la protección internacional de los derechos humanos.

d. Genocidio

En cambio, en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Núremberg no se incluyó ninguna regulación del genocidio, reconocido actualmente como cuarto crimen elemental del derecho internacional. El genocidio nacionalsocialista contra los judíos europeos no fue considerado explícitamente como tal en Núremberg, sino como crimen de guerra y como crimen contra la humanidad, en particular como exterminio y persecución. Finalmente, el tipo encontró una regulación en el derecho internacional de los tratados a través del art. II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

4. Implementación de los tipos penales internacionales

Los cuatro tipos criminales nucleares constituyen derecho internacional imperativo, son por ello vinculantes para todos los sujetos del derecho internacional *erga omnes* e independientemente de su reconocimiento en el derecho internacional de los tratados. Resulta consecuente, por lo tanto, que los tipos penales del DPI sean progresivamente adoptados por el derecho estatal interno (implementación). Ciertamente es que el derecho internacional no fundamenta ninguna obligación general al respecto; de todas formas, se corresponde con la idea del DPI el hecho de que los Estados adapten su derecho penal y se coloquen en situación de poder perseguir crímenes internacionales como tales.

El proceso de implementación ha cobrado un nuevo impulso a través de la promulgación y entrada en vigor del ECPI. Muchos Estados han aprovechado la ocasión de la introducción del ECPI en el derecho estatal interno para ajustar los fundamentos jurídicos de la persecución de los crímenes internacionales al estado de desarrollo del DPI. Esto produce, en comparación con el pasado, un anclaje mucho más marcado del DPI en los ordenamientos jurídicos estatales.

Asimismo, puede observarse una cierta fragmentación que se origina con la modificación del DPI en su implementación a nivel estatal interno. En la implantación del tipo de genocidio en el derecho interno, por ejemplo, algunos Estados han ampliado la definición de los grupos protegidos. Tales divergencias, que exceden el nivel de protección del DPI, no resultan en principio problemáticas. Sin embargo, el instrumental fundado específicamente en su carácter de crímenes internacionales (por ejemplo, el principio de jurisdicción universal, la eventual

revocación de inmunidad, etc.), sólo puede ser utilizado en la persecución penal para el ámbito actualmente criminalizado en el derecho internacional.

5. El principio de jurisdicción universal

Las pretensiones de persecución penal de los Estados particulares pueden fundarse a primera vista sin problemas en conexión con el lugar del hecho (principio de territorialidad), la nacionalidad del autor (principio de personalidad activa) o de la nacionalidad de la víctima (principio de personalidad pasiva). Junto con ello, la competencia penal puede basarse en el principio de jurisdicción universal o mundial, es decir, en la idea de que los crímenes internacionales se dirigen contra los intereses comunes de la comunidad de Estados y, por ello, también contra los intereses de cada Estado individual como parte de esa comunidad jurídica. En su forma amplia, no obstante, este principio conduce a una concurrencia mundial de las potestades de persecución penal para los crímenes internacionales: cada Estado puede perseguir penalmente tales crímenes, independientemente del lugar de comisión. Por esta razón, es menester un derecho de colisión que ordene estas competencias penales concurrentes y resuelva conflictos jurisdiccionales.

A nivel de derecho interno, además, conlleva una sobrecarga para las autoridades de persecución penal nacionales, sobre todo si existe un deber de persecución penal (principio de legalidad). En conclusión, pese a ser en esencia jurídicamente correcto, el principio de jurisdicción universal se muestra necesitado de una restricción. De otro modo, incluso considerando la resistencia política especialmente vehemente contra la persecución penal sobre la base del principio de jurisdicción universal, se corre el

riesgo de una evidente separación entre la pretensión normativa y la viabilidad práctica.

6. El concepto de justicia universal

En una audiencia pública realizada el pasado 14 de marzo del 2012, la CPI declaró culpable al ex líder de la milicia congoleña Thomas Lubanga²², por los crímenes de guerra cometidos en el noreste de la República Democrática del Congo, quien fue sentenciado a 14 años de prisión. El caso reviste especial relevancia, pues Lubanga es la primera persona en ser condenada por la CPI.

Cinco semanas después, el 26 de abril de 2012, el Tribunal Especial de la ONU para Sierra Leona condenó al ex presidente Charles Taylor a 50 años de prisión por crímenes de guerra y de lesa humanidad, cometidos en Liberia y en Sierra Leona. Este tribunal consideró como probado que Taylor ayudó e instigó las guerras de su país, y la de sus vecinos, de 1991 a 2002. Para el representante de Amnistía Internacional en Sierra Leona, la sentencia dictada contra Taylor demuestra que nadie está por encima de la ley:

[...] la sentencia [...] transmite un mensaje importante a los altos cargos de los Estados; no importa quién sea o qué cargo ocupe alguien, responderá ante la justicia de sus crímenes²³.

Para llegar a obtener estas sentencias condenatorias, se ha debido recorrer un camino muy largo. En los últimos tiempos

22 Llamado “el señor de la guerra”, reclutó forzosamente a niños para el combate y a niñas como esclavas sexuales.

23 Brima Abdulai Sheriff, director de Amnistía Internacional en Sierra Leona.

se han comenzado a sentar importantes precedentes históricos con respecto a la sanción para quienes cometan crímenes contra la humanidad, que por su magnitud, son ordenados desde las más altas esferas del poder. En el pasado, estos crímenes, por lo general, habían quedado impunes.

Los procesos y las condenas que estamos viendo ahora recogen el principio de justicia universal y ha sido posible lograrlas gracias a la decisión política de los Estados de crear tribunales supranacionales para aplicar estas nuevas corrientes del pensamiento jurídico, emanadas del DIDH.

En este proceso evolutivo ha sido muy importante la concientización y la acción de la sociedad civil, que cada vez está más clara en la importancia de reprimir estos crímenes de manera global, sin que ello signifique menoscabar la integridad soberana de los Estados.

Esta categoría de crímenes, tipificados contra la humanidad, son de persecución universal, porque el bien jurídico supremo que tutelan es poner en peligro la sobrevivencia misma de la especie humana. Al atentarse contra la humanidad en su conjunto, se violan principios que trascienden territorios, culturas y soberanías estatales. En este proceso de internacionalización de la justicia, hoy prima la concepción racional de preservar la dignidad de los seres humanos, la cual debe ser considerada en sí misma, más allá de las categorías culturales y jurídicas de Estado, nacionalidad, territorio, etnia, raza, fronteras o religión.

La justicia supranacional aspira a implementar un viejo anhelo de persecución criminal universal, cimentado en una conciencia casi generalizada, que clama por la necesidad de eliminar las barreras que históricamente se han interpuesto para castigar a los autores de estos crímenes, que por su magnitud, atentan y ofenden a la humanidad en su conjunto.

Desde hace mucho tiempo este clamor ha sido expresado en textos, tratados, principios generales y derecho consuetudinario. Es, sin embargo, hasta después de la segunda mitad del siglo XX que toma especial fuerza, con el desarrollo del DIDH.

7. Retos y perspectivas de la Corte Penal Internacional

El principal reto a superar es el desacuerdo de un grupo importante de países con la existencia de la CPI. La adopción del Estatuto de Roma ha generado la abierta indisposición de países como China, Rusia, India, Israel y los Estados Unidos. En su férrea oposición, Estados Unidos inició una campaña en busca de acuerdos bilaterales con otros Estados para excluir a sus nacionales de la competencia de la CPI, cuando actúen en el territorio de países que hayan aceptado su jurisdicción.

Para algunos países, el funcionamiento de la CPI supone la intromisión de un ente supranacional en el derecho interno, y por ende una violación a la soberanía de los Estados. Ese análisis no es correcto. El Estatuto de Roma no se aplica a los países que no lo hayan ratificado. La CPI es un ente incorporado al ordenamiento de los Estados que ratifiquen el Estatuto, y en tal caso el ejercicio de su competencia no implica violación a la soberanía de ningún país.

En el Estatuto de Roma se da la primera opción a los Estados para que juzguen a los suyos, conforme a su propio derecho. Esa es la regla de la competencia complementaria (artículo 17), según la cual la CPI no interviene si el Estado juzga a los criminales en su derecho interno. Sólo lo hará si no puede juzgarlos, si no quiere juzgarlos o si montan un juicio simulado que garantice la impunidad a los acusados. Sólo en esos casos se activaría la competencia de este tribunal.

El papel complementario de la CPI respecto de los tribunales nacionales en la investigación y juzgamiento de los autores de crímenes internacionales, tiene el propósito de presionar a los Estados a juzgarlos en su propio derecho y con ello se fortalece la lucha contra la impunidad.

Otro tema que es fundamental resolver para la implementación eficaz de un sistema de justicia universal, está referido al financiamiento de los procesos, ya sea en los tribunales internacionales o domésticos. Su elevado costo puede convertirse en un serio obstáculo y es un tema que la comunidad internacional debe resolver para asegurar el acceso efectivo a la justicia. Para ello se requiere pensar en nuevos mecanismos de cooperación económica.

Un reto importante a considerar es contener la decisión de algunos Estados, que argumentando graves peligros para la civilización, emprenden acciones militares unilaterales, incluso en contra del criterio mayoritario de la comunidad internacional y de los organismos que han sido creados al efecto. Ello conlleva, generalmente, a la aplicación arbitraria de su propia justicia.

Cabe resaltar que actualmente, algunas de las peores amenazas a los derechos humanos no provienen de los Estados sino de actores no estatales, como el crimen organizado transnacional, en sus diferentes modalidades, y el terrorismo. La comunidad internacional debe reformular criterios y tomar en cuenta estas nuevas amenazas, pues es evidente que en un mundo más globalizado, estos grupos sacan ventaja de las fronteras abiertas, de los mercados libres y de los avances tecnológicos, para hacer proliferar nuevas especies de delincuencia transnacional.

A raíz de este panorama, las Naciones Unidas promulgó en el año 2000 la Convención contra la Delincuencia Organizada

Trasnacional²⁴, en la cual se expone como los grupos delictivos han sacado partido de la actual economía mundializada y de la tecnología sofisticada que la acompaña. Por eso, “si la delincuencia atraviesa fronteras, lo mismo debe hacer la acción de la ley”²⁵.

Como complemento de la Convención, también se promulgó el Protocolo para Reprimir y Sancionar la Trata de Personas especialmente Mujeres y Niños²⁶ y el Protocolo de la ONU contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones²⁷.

Se debe avanzar para exigir responsabilidades a los Estados que se obligan en tratados internacionales a introducir en sus legislaciones internas, normas para la prevención y sanción de los crímenes contra la humanidad, pero que luego hacen caso omiso de sus obligaciones de adecuar su derecho interno a los compromisos internacionales. También se requiere fortalecer la educación jurídica y la capacitación a los operadores de la justicia penal, para que conozcan y apliquen estas nuevas tendencias del derecho internacional.

24 Suscrita en diciembre del 2000 en Palermo, Italia, para luchar contra terroristas, criminales, traficantes de drogas, tratantes de personas y otros grupos

25 Kofi A. Annan, ex Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas, en el preámbulo de la Convención de Palermo.

26 Este protocolo compromete a los Estados firmantes a prevenir y combatir la trata de personas, protegiendo y asistiendo a las víctimas de la trata y promoviendo la cooperación entre los Estados para obtener esos objetivos.

27 Aprobado en la resolución 55/255 de la Asamblea General de la ONU en 2001, entró en vigor el 3 de junio de 2005.

8. Principal aporte de la Corte Penal Internacional

Se ha avanzado de manera sostenida en la construcción de un sistema de justicia universal, teniendo en cuenta las serias limitaciones coercitivas que caracterizan al derecho internacional y la innegable realidad sobre la relativa exigencia de cumplimientos e, incluso, de aplicación de la fuerza, dependiendo de quién se trate. Pese a ello, como civilización, hemos dado importantes pasos, pero no son suficientes. Se requiere fortalecer la tendencia de incorporar estos principios al derecho interno de los diferentes países.

Quizás el mayor aporte del sistema de justicia supranacional, y de la CPI en lo particular, es el proceso de inclusión a los ordenamientos locales de los principios que la orientan. El establecimiento de la CPI es un logro muy importante en sí mismo. Pero lo más relevante es que el principio de justicia universal, que inspira su nacimiento, ha dejado de ser un tema lejano y etéreo del derecho internacional y paulatinamente ha permeado los sistemas jurídicos nacionales. Es sabido que en los últimos años, España, Holanda y el Reino Unido han acogido denuncias por hechos ocurridos fuera de sus fronteras, lo que indica una tendencia al fortalecimiento de este principio.

En América Latina, la aplicación de los fundamentos de la jurisdicción universal reviste gran importancia, no sólo por el resultado de la actuación judicial internacional, sino por el efecto emblemático y catalizador que ha tenido en los tribunales nacionales para la activación de los procesos por violación a los derechos humanos. Esto ocurre en cumplimiento de los compromisos internacionales que asumen los Estados que han aceptado, como parte de su derecho interno, el principio de justicia universal para investigar y juzgar crímenes cometidos en contra de las normas del derecho internacional.

Esta tendencia internacional se ha integrado a las legislaciones internas de los Estados. La principal característica es que son crímenes de persecución universal y ahora el derecho internacional impone a los Estados la obligación de perseguirlos. En Costa Rica, ya desde hace mucho tiempo, el Código Penal en su artículo 7 recepta este principio, al disponer que:

independientemente de las disposiciones vigentes en el lugar de comisión del hecho punible y de la nacionalidad del autor, se penará conforme a la ley penal costarricense a quienes [...] tomen parte de la trata de esclavos, mujeres o niños; [...] y a quienes cometan otros hechos punibles contra los derechos humanos previstos en los tratados suscritos por Costa Rica o en este Código²⁸.

Otra característica es que frente a estos crímenes, carece de eficacia la invocación de inmunidades y privilegios de jefe o ex jefe de Estado. Ya no es excusa para no hacer frente a las causas abiertas por estos crímenes. En este particular, el antecedente más conocido se presenta con la decisión de Gran Bretaña de detener al general Augusto Pinochet, a pedido del juez de la Audiencia Nacional de España, Baltasar Garzón. El general Pinochet – quien había logrado asegurarse su impunidad en Chile, nombrándose senador vitalicio e inamovible con inmunidad –, viajó a Europa a someterse a un tratamiento médico y a recibir el agradecimiento de la ex primera Ministra Margaret Thatcher por la colaboración brindada a Gran Bretaña en la guerra contra Argentina por las islas Malvinas.

Pinochet no calculó, sin embargo, que su inmunidad le garantizaba impunidad dentro de Chile, pero que en razón del principio de justicia universal, carecía de eficacia fuera de su

28 “Artículo 7”, *Código Penal de Costa Rica*, novena edición. Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 2000, pág. 18.

país. El 16 de octubre de 1998 fue arrestado al tramitarse una orden de captura internacional emitida por el juez español, bajo las acusaciones de asesinato, tortura y genocidio. Este es un avance histórico en la causa por el respeto a los derechos humanos, pues como señaló Jack Straw, el entonces Ministro del Interior británico:

[...] a partir de ahora los que cometen abusos contra los derechos humanos en un país no pueden asumir que estarán a salvo en otro²⁹.

Al final, lo que impidió que Pinochet fuera juzgado en Europa fue el compromiso asumido por Chile de eliminarle el fuero especial y de juzgarlo. No se le condenó, pues su defensa optó por declararlo demente y, como tal, inimputable. Otra característica de la persecución de estos crímenes es que no admiten indultos, amnistías ni perdones. Esto también ha calado en el derecho interno. En la República Argentina los militares de la última junta, establecieron en su beneficio las Leyes de Punto Final y Obediencia Debida, para garantizarse para sí mismos, impunidad por los crímenes cometidos. El 15 de junio de 2005 la Corte Suprema de Argentina anuló esas leyes de impunidad³⁰, y a partir de ahí se iniciaron los procesos contra más de 400 militares.

La sentencia resolvió declarar sin ningún efecto esas leyes y cualquier acto fundado en ellas, que pudiera oponerse al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizar las investigaciones por delitos de lesa humanidad. Además, la Corte argentina avaló la ley No. 25779 de 2003, que

29 Declaraciones de Jack Straw, reproducidas en el diario *La Tercera*, Santiago de Chile, 12 de enero del 2000, pág. 2.

30 La Corte anuló la Ley de Punto Final (No. 23492 de 1986) y la Ley de Obediencia Debida (No. 23521 de 1987).

declaraba la nulidad de las mencionadas leyes. Los tribunales argentinos anularon esas leyes, argumentando que eran contrarias al derecho internacional³¹, y así dice la resolución judicial:

A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas³².

En virtud de la anulación de esas leyes de impunidad, el 6 de julio de 2012 el represor Jorge Rafael Videla fue condenado a 50 años de prisión por el robo de bebés durante la dictadura. La justicia dio por probado la existencia y ejecución de un plan sistemático de apropiación de los hijos de desaparecidos. El Tribunal Oral Federal Sexto de Buenos Aires tuvo por demostrado que durante la dictadura presidida por Videla hubo:

[...] una práctica sistemática y generalizada de sustracción, retención y ocultamiento de menores, haciendo incierta, alterando o suprimiendo su identidad, en ocasión de secuestro, cautiverio, desaparición o muerte de sus madres en el marco de un plan general de aniquilación que se desplegó sobre la población civil con el argumento de combatir la subversión³³.

31 Gracias a su derogatoria, las cúpulas militares fueron juzgadas y enviados a prisión los líderes, entre ellos, Jorge Rafael Videla, Roberto Eduardo Viola, Leopoldo Galtieri, Alfredo Oscar Saint-Jean y Reynaldo Bignone.

32 Corte Suprema de Justicia de Argentina, Resolución de las 10 hrs. del 15 de junio del 2005.

33 Tribunal Oral Federal Sexto de Buenos Aires, sentencia de 6 de julio de 2012.

Otro elemento que caracteriza el principio de justicia universal es que la persecución de estos crímenes no prescribe. La Asamblea General de Naciones Unidas mediante la resolución No. 2391 de 26 de noviembre de 1968, adoptó la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de Lesa Humanidad, que entró en vigor el 11 de noviembre de 1970. Este principio ha influido decisivamente en importantes decisiones domésticas. La petición de la Fiscalía de México de ordenar el arresto del Expresidente Luis Echeverría era, hasta hace pocos años, un hecho imposible.

Luis Echeverría Álvarez fue requerido para que respondiera por dos hechos, en los cuales se le asigna responsabilidad directa. La Matanza de Tlatelolco del 2 de octubre de 1968, cuando siendo Secretario de Gobernación ejecutó la orden del presidente Gustavo Díaz Ordaz, para masacrar a los estudiantes en la Plaza de las Tres Culturas. Y también se le atribuye responsabilidad cuando ordenó lo que se conoce como la Matanza del Jueves de Corpus. El 10 de junio de 1971 (día de la festividad de *Corpus Christi*) una manifestación estudiantil fue violentamente reprimida por un grupo paramilitar al servicio del Estado Mayor Presidencial, a cuyo mando estaba el entonces presidente Luis Echeverría Álvarez.

A principios del año 2006, ante una acusación directa de la Fiscalía, los abogados del ex presidente alegaron que Luis Echeverría no podía ser sometido a proceso, pues eran hechos ocurridos 30 años antes, y argumentaron la prescripción. Ese argumento fue descartado, pues estos crímenes no prescriben y el 29 de noviembre del 2006 se decretó formal prisión contra Luis Echeverría Álvarez, que la cumplió en su casa de habitación, bajo la modalidad de arresto domiciliario.

En 2009, el Quinto Tribunal Colegiado de la ciudad de México finalmente exculpó a Echeverría de toda acción penal por su potencial responsabilidad en esos crímenes. Fue exonerado, pero no por prescripción, sino por duda, al no encontrarse suficientes pruebas en su contra.

La cooperación y asistencia internacional entre los Estados es fundamental para hacer efectivo el principio de justicia universal, más allá de las diferencias históricas o circunstanciales. Alberto Fujimori viajó de Japón rumbo a Chile, convencido que este país no lo entregaría a las autoridades peruanas, porque – según sus cálculos – prevalecerían los resentimientos nacionalistas por las disputas limítrofes y los recuerdos de la Guerra del Pacífico³⁴. No fue así, y Chile lo extraditó a Perú para que respondiera por los delitos contra los derechos humanos³⁵. Para lograr esa condena fue fundamental la ayuda de la comunidad internacional.

La propia Sala Constitucional de Costa Rica se ha manifestado con respeto a la importancia de la colaboración entre los Estados para la efectiva persecución de estos crímenes, tal como lo determina en la sentencia que evacua la consulta preceptiva de constitucionalidad del Estatuto de Roma:

[...] desde esa óptica, el Estatuto ahora analizado, propone medidas en el plano nacional, a la vez que en el de la cooperación internacional, con el fin de asegurar que los ilícitos de genocidio, crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra, crimen

34 Conocida también como La Guerra del Salitre (1879-1884), este conflicto armado enfrentó a Chile contra Perú y Bolivia. Como consecuencia de esta guerra, Bolivia perdió su salida al Océano Pacífico.

35 La Sala Penal Especial de Perú, mediante la sentencia del 7 de abril de 2009, expediente No. AV 19-2001 consideró plenamente probados, más allá de toda duda razonable, los cuatro cargos formulados por la acusación fiscal por violación a los derechos humanos.

de agresión, en sus diversas modalidades y entre otros, sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia y sancionados como corresponde. Estas acciones no solamente contribuirán a hacer desaparecer la impunidad, como producto directo, lo cual sería per se suficiente, sino que de forma paralela y sin ninguna duda, en el futuro se convertirán en un disuasivo para la comisión de nuevos crímenes³⁶.

El principio de justicia universal procura que los pueblos no olviden su historia. El día 31 octubre de 2007 se promulgó en España la Ley de la Memoria Histórica, cuyo principal objetivo es establecer la verdad de lo ocurrido durante el periodo de la dictadura franquista. Para ello se procura recobrar la memoria, hacer un reconocimiento de las víctimas, proceder a la apertura de las fosas comunes, revisar los juicios sumarísimos de los que derivaron muchas ejecuciones de ciudadanos que adversaban el régimen fascista. Se pretende darle un destino más nacional al Valle de los Caídos, eliminar los símbolos franquistas e invitar a los exiliados a regresar a España. Se busca que los nietos de Francisco Franco y sus allegados procedan a la devolución de bienes que son propiedad del Estado español y crear un centro de documentación sobre este turbulento periodo de la historia.

La vigencia del Estatuto de Roma y la aplicación del principio de jurisdicción universal por parte de los tribunales nacionales, comienza a ser un mecanismo efectivo de persecución criminal. Estamos en un proceso de evolución continua. En tanto no esté desarrollada plenamente la jurisdicción internacional que pueda perseguir con plena eficacia los delitos contra la humanidad en cualquier lugar del planeta, y mientras los países directamente

36 Sala Constitucional 2000-9685 resolución de 14:50 hrs. del 1 de noviembre de 2000. Expediente 00-008325-0007-CO. Consulta preceptiva de constitucionalidad del Estatuto de Roma.

involucrados no permitan las investigaciones, la actuación de los jueces al interno de los Estados, inspirados en este principio, es la vía que queda abierta para procurar justicia.

Es gracias a esta nueva realidad, que al interno de los Estados latinoamericanos se han abierto causas contra personajes otrora intocables. Si bien no todos responden por crímenes contra la humanidad, pues a la mayoría se les atribuye principalmente hechos vinculados con actos de corrupción y enriquecimiento ilícito, lo cierto es que conforme al derecho interno, los fiscales y jueces se han atrevido a dar el paso, procediendo a juzgar a esas prominentes figuras bajo el sencillo y rotundo principio de que nadie está por encima de la ley. Quizás algún día se incorpore al catálogo de crímenes contra los derechos humanos, el voraz saqueo a los fondos públicos, cuando ello ocurra con los recursos que deberían destinarse a la atención de las necesidades de las grandes mayorías. Sus perpetradores podrían ser violadores de derechos colectivos.

Este ha sido un proceso lento, pero cuando hacemos comparaciones históricas, concluimos que hay avances significativos, como lo demuestra el estado de las ratificaciones a la Convención para Sancionar y Reprimir el Delito de Genocidio. Inicialmente fue firmada por 41 países y a la fecha ya ha sido ratificada por 133.

Existe la voluntad de gran parte de la comunidad internacional en organizar un frente común, empeñada en que se hagan valer principios universales y eternos, como la dignidad y el respeto por todos los seres humanos, y de no permitir la impunidad. Desde muchos frentes, en diversas latitudes, organismos, Estados, académicos, juristas y sociedad civil, han trabajado y lo siguen haciendo, en la construcción de un sistema de justicia global que permita establecer una jurisdicción internacional para

la eficaz persecución criminal, independientemente del lugar en donde se cometan los hechos, más allá de las consideraciones particulares de las víctimas y por encima de los cargos que ostenten los criminales. El proceso para desarrollar un sistema universal de justicia, que combata la impunidad de los peores crímenes contra la humanidad, está dando pasos positivos hacia su consolidación. El Estatuto de Roma está lejos de ser un texto perfecto, pero sí es un gran avance, como lo reconoce el ex Secretario General de Naciones Unidas:

[...] muchos de nosotros hubiéramos preferido una Corte investida de mayores poderes, pero ello no nos permite minimizar lo logrado. La creación de la Corte es una esperanza para las futuras generaciones y un gigantesco paso en la senda de la vigencia universal de los derechos humanos y el imperio de la ley³⁷.

37 Kofi Annan, Exsecretario general de la Organización de las Naciones Unidas. En: Ambos (Kai) *La Corte Penal Internacional*. Editorial Jurídica Continental. San José, 1º edición, Pág.23.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos

Asamblea General

(Composición 2014)

Presidencia Honoraria

Thomas Buergenthal
Pedro Nikken
Sonia Picado

Claudio Grossman
Presidente

Rodolfo Stavenhagen
Vicepresidente

Margaret E. Crahan
Vicepresidenta

Mayra Alarcón Alba
Carlos Ayala Corao
José Antonio Aylwin Oyarzún
Lorena Balardini
Line Bareiro
Lloyd G. Barnett
César Barros Leal
Eduardo Bertoni
Carlos Bosombrio
Antônio A. Cançado Trindade
Santiago Cantón
Douglass Cassel
Suzana Cavenaghi
Ariel Dulitzky
Héctor Fix-Zamudio
Robert K. Goldman
María Elena Martínez
Juan E. Méndez
Elizabeth Odio Benito
Nina Pacari
Mónica Pinto
Carlos Portales
Víctor Rodríguez Rescia
Hernán Salgado Pesantes
Fabián Salvioli
Mitchell A. Seligson
Wendy Singh
Mark Ungar
José Antonio Viera Gallo
Renato Zerbini Ribeiro Leão

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Tracy Robinson
Rose-Marie Belle Antoine
Felipe González
José de Jesús Orozco Henríquez
Rosa María Ortiz
Paulo Vannuchi
James L. Cavallaro

Corte Interamericana de Derechos Humanos

Humberto Antonio Sierra Porto
Roberto F. Caldas
Manuel E. Ventura Robles
Diego García-Sayán
Alberto Pérez Pérez
Eduardo Vio Grossi
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

José Thompson J.
Director Ejecutivo

Los programas y actividades del Instituto Interamericano de Derechos Humanos son posibles por el aporte de agencias internacionales de cooperación, fundaciones, organizaciones no gubernamentales, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de los Estados Americanos, universidades y centros académicos. Las diferentes contribuciones fortalecen la misión del IIDH, reforzando el pluralismo de su acción educativa en valores democráticos y el respeto de los derechos humanos en las Américas.

REVISTA **IIDH**

La Revista IIDH es una publicación semestral
del Instituto Interamericano de Derechos Humanos