

TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA
INTERAMERICANA SOBRE

Derechos Humanos

Votos particulares

Sergio García Ramírez

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA
INTERAMERICANA SOBRE

Derechos Humanos

Votos particulares

TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA
INTERAMERICANA SOBRE

Derechos Humanos

Votos particulares

Sergio García Ramírez

Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos



La presentación y disposición de Temas de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos. Votos particulares son propiedad de los editores. Aparte de los usos legales relacionados con la investigación, el estudio privado, la crítica o la reseña, esta publicación no puede ser reproducida, ni en todo ni en parte, en español o cualquier otro idioma, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electroóptico, por fotocopia, o cualquier otro, inventado o por inventar, sin el permiso expreso, previo y por escrito de los editores.

- D.R. © 2005, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO),
Periférico Sur Manuel Gómez Morín 8585,
Tlaquepaque, Jalisco, México, C.P. 45090.
publicaciones@iteso.mx
- D.R. © 2005, Universidad de Guanajuato
Lascuráin de Retana núm. 5, centro,
Guanajuato, Guanajuato, México, C.P. 36000.
- D.R. © 2005, Universidad Iberoamericana, A.C.
Prol. Paseo de la Reforma 880,
Col. Lomas de Santa Fe, México, D.F., C.P. 01210.
- D.R. © 2005, Universidad Iberoamericana Puebla
Boulevard del Niño Poblano 2901,
Unidad Territorial Atlixcáyotl, Puebla, Puebla.

Impreso y hecho en México
Printed and made in Mexico

ISBN 968-5087-76-8

ÍNDICE GENERAL

Presentación	iii
PRIMERA PARTE: OPINIONES CONSULTIVAS	1
I. Debido proceso. Información sobre el derecho a la asistencia consular	3
II. Menores de edad e infracción de la ley penal	13
III. Derechos de trabajadores migrantes indocumentados	35
SEGUNDA PARTE: CASOS CONTENCIOSOS	59
IV. "Autoamnistía" / CASO CASTILLO PÁEZ	61
V. "Autoamnistía" / CASO LOAYZA TAMAYO	69
VI. Allanamiento y calificación de hechos. "Autoamnistía". Acuerdo entre partes y reparaciones / CASO BARRIOS ALTOS (CHUMBIPUMA AGUIRRE)	71
VII. Acuerdo entre partes. Autoamnistía. Tratamiento fiscal. Interpretación por las partes / CASO BARRIOS ALTOS	79
VIII. Competencia <i>ratione temporis</i> . Prescripción / CASO TRUJILLO OROZA	89
IX. Competencia <i>ratione materiae</i> / CASO LAS PALMERAS	95
X. Reconocimiento de hechos y sentencia interna / CASO LAS PALMERAS	101
XI. Reservas a la Convención Americana / CASOS HILAIRE, CONSTANTINE Y BENJAMÍN Y OTROS	105
XII. Restricciones a la aplicación de la pena de muerte. Condiciones de detención / CASOS HILAIRE, CONSTANTINE Y BENJAMÍN Y OTROS	109
XIII. Admisibilidad de pruebas / CASO BÁMACA VELÁSQUEZ	125
XIV. Concepto de víctima. Reconocimiento de la personalidad jurídica. Derecho a la verdad. Aplicación de los Convenios de Ginebra. Cuestiones probatorias / CASO BÁMACA VELÁSQUEZ	129
XV. <i>Restitutio in integrum</i> . Especificidad cultural. Satisfacción honorífica. Cálculo de daños y resarcimiento / CASO BÁMACA VELÁSQUEZ.	145
XVI. Derechos de integrantes de una comunidad indígena / CASO COMUNIDAD MAYAGNA (SUMO) AWAS TINGNI	153
XVII. Hechos planteados fuera de la demanda. Derecho de propiedad. Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales / CASO CINCO PENSIONISTAS	163
XVIII. Deber de justicia penal. Obstáculos internos / CASO BENAVIDES CEVALLOS . . .	171
XIX. Derechos de los menores de edad. Reconocimiento de responsabilidad. El Estado como garante. Ejercicio abusivo de los derechos. Enjuiciamiento y tratamiento de menores / CASO BULACIO	179

XX. Derecho a la vida. Acceso a la justicia. Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos. Responsabilidad del Estado y de los agentes. Demora en la justicia. Responsabilidad agravada. Titular del derecho a la indemnización. Libertad de expresión. Indemnización no reclamada. Remisión a instancias internas. Cargas tributarias / CASO MYRNA MACK CHANG	193
XXI. Admisión de hechos, pretensiones y responsabilidades. Tortura. Garantías judiciales / CASO MARITZA URRUTIA	231
XXII. Libertad de expresión. Medios de comunicación y periodismo. Limitación y restricción. Reacción penal. Interés público y condición de funcionario. Recurso ante un juez o tribunal superior. Exenciones fiscales. Gastos y honorarios de asistentes jurídicos / CASO HERRERA ULLOA	237
XXIII. Reconocimiento y poderes de la Corte. Relación de hechos. Competencia <i>ratione materiae</i> . Mayor gravedad / CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ	259
XXIV. Derechos individuales y colectivos. Reparación y preservación de la cultura. Indemnización / CASO MASACRE PLAN DE SÁNCHEZ	269
XXV. Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte. Los patrones de violación. Justicia penal y derechos humanos. El Estado garante. Garantías judiciales y protección judicial. Debido proceso. Presunción de inocencia. Detención arbitraria. Información sobre los cargos. Control judicial. Amparo. Defensa. Prueba suficiente. Plazo razonable. Prisión preventiva. El estado de las prisiones. Tutela de la posesión. Protección a la familia y proyecto de vida. <i>Restitutio in integrum</i> . Cargas fiscales / CASO TIBI	281
XXVI. Acto médico / CASO DE LA CRUZ FLORES	325
XXVII. Competencia <i>ratione temporis</i> y <i>ratione materiae</i> . Pena de azotes. Plazo razonable. Condiciones de detención. Proporcionalidad de la pena / CASO CAESAR	333
TERCERA PARTE: MEDIDAS PROVISIONALES	351
XXVIII. Medidas para preservar derechos / JAMES Y OTROS	353
XXIX. Alcance personal de las medidas provisionales / COMUNIDAD DE PAZ DE SAN JOSÉ DE APARTADÓ	355
XXX. Alcance personal de las medidas provisionales / COMUNIDADES DE JIGUAMIANDÓ Y CURBARADÓ	359
XXXI. Sentido y destinatarios de las medidas provisionales / PUEBLO INDÍGENA KANKUAMO. PUEBLO INDÍGENA SARAYAKU. DIARIOS <i>EL NACIONAL</i> Y <i>ASÍ ES LA NOTICIA</i> . EMISORA DE TELEVISIÓN "GLOBOVISIÓN"	361
XXXII. Situación carcelaria. Preservación de la vida de los reclusos. El Estado como garante. Responsabilidad agravada / CÁRCEL DE URSO BRANCO	367
Reflexión final	373

PRESENTACIÓN

En la segunda mitad del siglo XX ha tenido un impresionante desarrollo el Derecho internacional de los derechos humanos, que concurre a integrar, hoy día, lo que se podría denominar “estatuto contemporáneo del ser humano”. Esta formidable defensa de la dignidad humana se integra con las aportaciones de los ordenamientos nacionales —a partir del final del siglo XVIII— y los desenvolvimientos del Derecho de gentes. De esta forma se ha instalado el individuo como personaje central del Estado nacional y del orden jurídico internacional, conducidos, ambos, por un designio “antropocéntrico”. En aquel estatuto figuran, con una misma jerarquía, los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, que se reclaman mutuamente.

En América, este camino en favor de los derechos y las libertades tiene un extenso curso. Se afianzó a partir de los requerimientos formulados en la Conferencia de Chapultepec, de 1945. Luego llegarían la Declaración Americana de los Derechos y los Deberes del Hombre, de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José, de 1969. México se adhirió a esta Convención en 1981, año crucial —el más relevante y definitivo— en la admisión nacional del orden internacional en materia de derechos humanos. A la luz de la Convención Americana se instaló, el 3 de septiembre de 1979, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con funciones consultivas y contenciosas. Aquéllas se han traducido en la emisión de numerosas opiniones —dos de

ellas solicitadas por el Gobierno mexicano: OC-16 y OC-18— y las segundas en la expedición de un creciente conjunto de resoluciones jurisdiccionales. Todo ello concurre a formar la moderna doctrina jurisprudencial interamericana sobre derechos humanos.

Esa doctrina ha influido, cada vez con mayor claridad, certeza y profundidad en el rumbo de la legislación —constitucional y secundaria— de varios países americanos. Asimismo, contribuye a orientar la jurisprudencia interna relativa a derechos humanos, habida cuenta del papel que incumbe a la Corte Interamericana como intérprete y aplicadora del Pacto de San José. La recepción de la jurisprudencia de ese Tribunal internacional es un dato constante en las sentencias de la justicia constitucional de nuestros países. Esto marca un derrotero que gana cada vez mayores espacios. Obviamente, no se trata —en mi concepto— de pérdida de soberanía, impuesta por instancias internacionales, sino de ejercicio de aquélla. En efecto, la Convención Americana, la Corte que la interpreta y aplica, la comparecencia de los Estados ante ella y el carácter vinculante de las sentencias que dicta son producto de la voluntad soberana de los Estados que han construido este sistema tutelar del ser humano, consecuente con las ideas que presiden la tutela interna.

En los términos del Derecho de gentes, las decisiones judiciales constituyen un medio auxiliar para el conocimiento y la interpretación del Derecho internacional (artículo 38, d, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). De ahí la importancia de difundir esas decisiones, con la mayor amplitud posible. Así lo ha procurado, en el ámbito que le corresponde, la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta difusión abarca tanto los pronunciamientos adoptados por unanimidad o mayoría de los jueces que integran la Corte, como los votos particulares —concurrentes o discrepantes— que suscriben algunos de sus miembros. En aquellos se manifiesta el criterio de la Corte, que funda sus resoluciones. A su turno, los votos individuales contribuyen a perfilar las coincidencias y las diferencias, y sobre todo a llevar más allá de los términos de una sentencia o de una opinión consultiva la reflexión

judicial sobre aspectos relevantes de éstas: temas sustantivos y procesales, cuyo análisis resulta útil para ampliar el conocimiento de las cuestiones controvertidas y preparar nuevos desarrollos jurisprudenciales.

A partir de 1998 me he desempeñado como Juez de la Corte Interamericana, que presido durante el periodo 2004–2006. En este ejercicio he tenido la honrosa oportunidad de participar en la elaboración de opiniones consultivas y resoluciones jurisdiccionales, e igualmente he suscrito cierto número de votos individuales. En éstos se reflejan tanto los puntos más destacados que la Corte ha examinado para arribar a una decisión colegiada, como las reflexiones personales que me ha sugerido el estudio y la deliberación en cada caso. El conjunto contribuye a informar sobre las circunstancias que tiene a la vista la jurisdicción interamericana, los problemas que advierte, las preocupaciones dominantes y el rumbo actual de la jurisprudencia especializada en estos temas. Se trata, en fin, de material que puede revestir cierta utilidad para el conocimiento de una doctrina jurisprudencial crecientemente incorporada en la ley y las sentencias de los Estados americanos.

Los votos reunidos en este libro corresponden a siete años de tareas en la Corte Interamericana, entre 1998 y 2004, inclusive. No es poco tiempo en la historia judicial interamericana, si se toma en cuenta que ésta se inicia en 1979, como dije. Siete años son casi la tercera parte de esa historia, en términos cuantitativos. Poseen, sin embargo, un significado especial, porque integran una etapa de intensa actividad jurisdiccional. Ésta comienza gradualmente a través de opiniones consultivas, que determinan el quehacer de la Corte durante la primera década, y se incrementa a partir de los años noventa.

He agrupado los votos en tres secciones. La primera atañe a las opiniones consultivas dictadas desde 1999, que versan sobre cuestiones mayores en la hora actual. Como indiqué, dos de ellas fueron solicitadas por el Gobierno mexicano. Es notoria, pues, la trascendencia que revisten sus temas, desde la perspectiva de México: asistencia consular a detenidos extranjeros y derechos de

los trabajadores migrantes. La segunda parte del conjunto, que es la más extensa, acoge los votos correspondientes a casos contenciosos. Estos abarcan un extenso panorama: diversos derechos y libertades consagrados en la Convención Americana, cuyo examen permite advertir alcances, restricciones, características, precedentes y expectativas en cada hipótesis. De esta suerte se observa el Pacto de San José “en movimiento”, si se me permite la expresión. Por último, la tercera sección reúne votos referentes a medidas provisionales, cuya emisión constituye un aspecto relevante en el quehacer de la Corte Interamericana. También en este ámbito cautelar o precautorio —destinado a contener el asedio sobre los derechos del individuo— se ha mostrado la importancia de la jurisdicción de los derechos humanos.

Dentro de cada parte, los votos se presentan en el orden cronológico en que se produjeron las decisiones respectivas. Cuando hubo varias resoluciones en torno a un mismo litigio —en las correspondientes etapas de excepciones preliminares, fondo y reparaciones—, los votos figuran en forma sucesiva, independientemente del tiempo que hubiese mediado entre ellos. A partir del Reglamento de la Corte del año 2000, en vigor, lo más frecuente es que una sola sentencia se ocupe de excepciones, fondo y reparaciones. Consecuentemente, sólo existirá, en su caso, un voto individual sobre esos extremos.

Antes de transcribir los votos se ofrece una breve presentación sobre el asunto al que corresponden. Cuando se trata de opinión consultiva, esa nota incluye las preguntas planteadas por el solicitante, y cuando vienen a cuentas casos contenciosos, expone los hechos controvertidos y las violaciones señaladas en la demanda. El título de cada voto se ha formado con los temas a los que éste se refiere. En ocasiones, varios votos aluden a un mismo tema, *inter alia*, que ha reclamando más de una vez la atención de la Corte. En el cuerpo de los votos figuran los subtítulos correspondientes.

Agradezco al Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO) la hospitalidad que ofreció y ahora brinda a este trabajo. He tenido el privilegio de observar cercanamente

el excelente desempeño académico del Instituto, que cumple un papel de primer orden como centro de investigación, docencia y difusión en Guadalajara —mi ciudad natal—, y proyecta sus tareas hacia otros ámbitos de la República. Me es grato subrayar la constructiva dedicación del sistema universitario al que pertenece el ITESO —el sistema jesuita de educación superior— al examen y la promoción de los derechos humanos.

Igualmente, me satisface expresar el mayor reconocimiento a otras instituciones de educación superior que generosamente participan como coeditoras de este libro: la Universidad Iberoamericana Ciudad de México, la Universidad Iberoamericana Puebla y la Universidad de Guanajuato. He tenido el privilegio de concurrir a diversas actividades académicas de estas instituciones, que también me han brindado su hospitalidad académica y cuya presencia como editoras de mi libro, al lado del ITESO, saludo con el mayor aprecio. Es un honor para mí.

Celebro la posibilidad que este libro me brinda de asociarme nuevamente a los afanes y las tareas de instituciones dedicadas a la formación de los jóvenes universitarios. La celebro, sobre todo, porque los derechos humanos constituyen una magnífica trincheira para aquéllos: trincheira de solidaridad, servida con amor, entereza y convicción.

PRIMERA
PARTE

OPINIONES CONSULTIVAS

Debido proceso. Información sobre el derecho a la asistencia consular

El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular. Opinión Consultiva 16/99 de 1 de octubre de 1999. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos

El 9 de diciembre de 1997, México sometió a la Corte una solicitud de opinión consultiva relacionada con diversos tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, particularmente en lo que respecta a las garantías judiciales mínimas y el debido proceso cuando se detiene y enjuicia —por delitos sancionables con pena de muerte— a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse con las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad. Los instrumentos invocados fueron la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las preguntas planteadas en el requerimiento de opinión fueron las siguientes:

“En relación con la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares:

“1. En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿debe entenderse el artículo 36 de la Convención de Viena (sobre Relaciones Consulares), en el sentido de contener dispo-

siciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos?

“**2.** Desde el punto de vista del Derecho internacional, ¿está subordinada la exigibilidad de los derechos individuales que confiere el citado artículo 36 a los extranjeros, por parte de los interesados frente al Estado receptor, a las protestas del Estado de su nacionalidad?

“**3.** Tomando en cuenta el objeto y fin del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena, ¿debe interpretarse la expresión ‘sin dilación’ contenida en dicho precepto, en el sentido de requerir que las autoridades del Estado receptor informen a todo extranjero detenido por los delitos sancionables con la pena capital de los derechos que le confiere el propio artículo 36.1.b), en el momento del arresto y en todo caso antes de que el detenido rinda cualquier declaración o confesión ante las autoridades policiales o judiciales?

“**4.** Desde el punto de vista del Derecho internacional y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena?

“Respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

“**5.** En el marco del artículo 64.1 de la Convención Americana, ¿deben entenderse los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, en el sentido de contener disposiciones concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos?

“**6.** En el marco del artículo 14 del Pacto, ¿debe entenderse que el propio artículo 14 debe aplicarse e interpretarse a la luz de la expresión ‘todas las garantías posibles para asegurar un juicio justo’, contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas y que tratándose de extranjeros acusados o inculcados de delitos sancionables con la pena capital, dicha expresión incluye la inmediata notificación al detenido o procesado, por parte del Estado receptor, de los derechos que le confiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena?

“**7.** Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculcadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿se conforma la omi-

sión, por parte del Estado receptor, de la notificación exigida por el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena con respecto a los interesados, con el derecho de éstos a disponer de 'medios adecuados para la preparación de su defensa' de acuerdo con el artículo 14.3.b) del Pacto?

“8. Tratándose de personas extranjeras acusadas o inculpadas de delitos sancionables con la pena capital, ¿debe entenderse que la expresión 'garantías mínimas', contenida en el artículo 14.3 del Pacto, y 'equiparables como mínimo', contenida en el párrafo 5 de las respectivas salvaguardias de las Naciones Unidas, eximen al Estado receptor del inmediato cumplimiento con respecto al detenido o procesado de las disposiciones del artículo 36.1.b) de la Convención de Viena?

“9. Tratándose de países (a)mericanos constituidos como Estados federales que son parte ene. Pacto de Derechos Civiles, y en el marco de los artículos 2, 6, 14 y 50 del Pacto, ¿están obligados dichos Estados a garantizar la notificación oportuna a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena a todo individuo de nacionalidad extranjera arrestado, detenido o procesado en su territorio por delitos sancionables con la pena capital; y a adoptar disposiciones conforme a su derecho interno para hacer efectiva en tales casos la notificación oportuna a que se refiere ese artículo en todos sus componentes, si el mismo no estuviese ya garantizado por disposiciones legislativas o de otra índole, a fin de dar plena eficacia a los respectivos derechos y garantías consagrados en el Pacto?

“10. En el marco del Pacto y tratándose de personas extranjeras, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena?

“Respecto de la Carta de la OEA y de la Declaración Americana:

“11. Tratándose de arrestos y detenciones de extranjeros por delitos sancionables con la pena capital y en el marco de los artículos 3.1) de la Carta y II de la Declaración, ¿se conforma la omisión

por parte del Estado receptor de la notificación al detenido o inculcado, sin dilación, de los derechos que le confiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena, con la proclamación por la Carta de los derechos humanos, sin distinción por motivos de nacionalidad, y con el reconocimiento por la Declaración del derecho a la igualdad ante la ley sin distinción alguna?

“**12.** Tratándose de personas extranjeras y en el marco del artículo 3.(1) de la Carta de la OEA y de los artículos I, II y XXVI de la Declaración, ¿cuáles debieran ser las consecuencias jurídicas respecto de la imposición y ejecución de la pena de muerte, ante la falta de notificación a que se refiere el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena?”

En su Opinión, la Corte manifestó por unanimidad, salvo en lo que respecta al punto 7, que fue votado por mayoría de seis votos contra uno:

“**1.** Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero derechos individuales, entre ellos el derecho a la información sobre la asistencia consular, a los cuales corresponden deberes correlativos a cargo del Estado receptor.

“**2.** Que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares concierne a la protección de los derechos del nacional del Estado que envía y está integrada a la normativa internacional de los derechos humanos.

“**3.** Que la expresión ‘sin dilación’ utilizada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, significa que el Estado debe cumplir con su deber de informar al detenido sobre los derechos que le reconoce dicho precepto al momento de privarlo de libertad y en todo caso antes de que rinda su primera declaración ante la autoridad.

“**4.** Que la observancia de los derechos que reconoce al individuo el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares no está subordinada a las protestas del Estado que envía.

“**5.** Que los artículos 2º., 6º., 14 y 50 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

- “6. Que el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables.
- “7. Que la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas 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 de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4º.; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6º.), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y el deber de reparación.
- “8. Que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos, inclusive la consagrada en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, deben ser respetadas por los Estados americanos parte en las respectivas convenciones, independientemente de su estructura federal o unitaria”.

VOTO

El criterio sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en esta Opinión Consultiva (OC-16) recoge la más avan-

zada doctrina del procedimiento penal y ensancha la protección de los derechos humanos en un ámbito que constituye, verdaderamente, la “zona crítica” de esos derechos. En efecto, es aquí donde se halla en más grave riesgo la dignidad humana. Por lo tanto, es en este ámbito donde verdaderamente se acredita o se desvanece —en la práctica, no sólo en el discurso jurídico y político— el Estado democrático de derecho.

Al señalar que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares reconoce al detenido extranjero determinados derechos individuales, se admite el carácter progresivo y expansivo de los derechos humanos. Las formulaciones contenidas en los grandes textos declarativos del final del siglo XVIII recogieron derechos nucleares. Sin embargo, no se trataba de un catálogo máximo. En sucesivas etapas se advertiría y proclamaría la existencia de nuevos derechos, que hoy figuran en el extenso conjunto de las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales. El artículo 36 de aquella Convención amplía ese catálogo.

La historia de la democracia y de los derechos humanos guarda una relación estrecha con la evolución del sistema persecutorio. El proceso penal es un escenario fidedigno del progreso moral, jurídico y político de la humanidad. De ser objeto del proceso, el inculpado pasó a ser sujeto de una relación jurídica concebida en términos diferentes. En ella el inculpado es titular de derechos y garantías, que son el escudo del ciudadano frente al poder arbitrario. La llamada “justicia penal democrática” reconoce y desarrolla estos derechos.

El proceso penal —entendido en amplio sentido, que también comprende todas las actividades persecutorias públicas previas al conocimiento judicial de una imputación— no ha permanecido estático a lo largo del tiempo. A los derechos elementales de la primera etapa, se han sumado nuevos derechos y garantías. Lo que conocemos como el “debido proceso penal”, columna vertebral de la persecución del delito, es el resultado de esta larga marcha, alimentada por la ley, la jurisprudencia —entre ella, la progresiva jurisprudencia norteamericana— y la doctrina. Esto ha ocurrido

en el plano nacional, pero también en el orden internacional. Los desarrollos de los primeros años se han visto superados por nuevos desenvolvimientos, y seguramente los años por venir traerán novedades en la permanente evolución del debido proceso dentro de la concepción democrática de la justicia penal.

La OC-16 se sustenta en la admisión expresa de esta evolución, y por ello recoge lo que pudiera denominarse la “frontera actual” del procedimiento, que ciertamente va más allá de los linderos trazados anteriormente. La evolución del procedimiento ha sido constante y notable en el medio siglo transcurrido después de la Segunda Guerra Mundial. De esto hay abundantes testimonios. El derecho a contar con defensa en el proceso se ha visto ampliado y enriquecido por el derecho a disponer de abogado desde el primer momento de la detención. El derecho a conocer los motivos del procedimiento se ha ensanchado con el derecho a disponer de traductor cuando no se conoce el idioma en el que aquél se desarrolla. El derecho a declarar se ha complementado con su contrapartida natural: la facultad de no declarar. Estos son apenas unos cuantos ejemplos del avance en las normas y las prácticas del procedimiento, un avance que no se debe perder.

Las nuevas circunstancias de la vida social traen consigo necesidades diversas que es preciso atender con instituciones adecuadas, que antes parecieron innecesarias y ahora resultan indispensables. Cada novedad suscita inéditos derechos y garantías, que concurren a construir el debido proceso penal de los nuevos tiempos. Así, la creciente migración determina pasos adelante en diversas vertientes del derecho, entre ellas el procedimiento penal, con modalidades o garantías pertinentes para el procesamiento de extranjeros. El desarrollo jurídico debe tomar en cuenta estas novedades y revisar, a la luz de ellas, los conceptos y las soluciones a los problemas emergentes.

Los extranjeros sometidos a procedimiento penal —en especial, aunque no exclusivamente, cuando se ven privados de libertad— deben contar con medios que les permitan un verdadero y pleno acceso a la justicia. No basta con que la ley les reconozca los

mismos derechos que a los demás individuos, nacionales del Estado en el que se sigue el juicio. También es necesario que a estos derechos se agreguen aquellos otros que les permitan comparecer en pie de igualdad ante la justicia, sin las graves limitaciones que implican la extrañeza cultural, la ignorancia del idioma, el desconocimiento del medio y otras restricciones reales de sus posibilidades de defensa. La persistencia de éstas, sin figuras de compensación que establezcan vías realistas de acceso a la justicia, hace que las garantías procesales se convierten en derechos nominales, meras fórmulas normativas, desprovistas de contenido real. En estas condiciones, el acceso a la justicia se vuelve ilusorio.

Los derechos y garantías que integran el debido proceso —jamás una realidad agotada, sino un sistema dinámico, en constante formación— son piezas necesarias de éste; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que éste exista y subsista. No es posible sostener que hay debido proceso cuando el juicio no se desarrolla ante un tribunal competente, independiente e imparcial, o el inculpado desconoce los cargos que se le hacen, o no existe la posibilidad de presentar pruebas y formular alegatos, o está excluido el control por parte de un órgano superior.

La ausencia o el desconocimiento de esos derechos destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados con la pretensión de acreditar que a pesar de no existir garantías de enjuiciamiento debido ha sido justa la sentencia que dicta el tribunal al cabo de un procedimiento penal irregular. Considerar que es suficiente con lograr un resultado supuestamente justo, es decir, una sentencia conforme a la conducta realizada por el sujeto, para que se convalide la forma de obtenerla, equivale a recuperar la idea de que “el fin justifica los medios” y la licitud del resultado depura la ilicitud del procedimiento. Hoy día se ha invertido la fórmula: “la legitimidad de los medios justifica el fin alcanzado”; en otros términos, sólo es posible arribar a una sentencia justa, que acredite la justicia de una sociedad democrática, cuando han sido lícitos los medios (procesales) utilizados para dictarla.

Si para determinar la necesidad o pertinencia de un derecho en el curso del proceso —con el propósito de determinar si su ejercicio es indispensable o dispensable— se acudiese al examen y a la demostración de sus efectos sobre la sentencia, caso por caso, se incurriría en una peligrosa relativización de los derechos y garantías, que haría retroceder el desarrollo de la justicia penal. Con este concepto sería posible —y además inevitable— someter al mismo examen todos los derechos: habría que ponderar casuísticamente hasta qué punto influyen en una sentencia la falta de defensor, la ignorancia sobre los cargos, la detención irregular, la aplicación de torturas, el desconocimiento de los medios procesales de control, y así sucesivamente. La consecuencia sería la destrucción del concepto mismo de debido proceso, con todas las consecuencias que de ello derivarían.

El relativamente nuevo derecho del inculpado extranjero a ser informado sobre el derecho que le asiste a recurrir a la protección consular, no es una creación de esta Corte, a través de la OC-16. El Tribunal simplemente recoge el derecho establecido en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y lo incorpora en la formación dinámica del concepto de debido proceso legal en nuestro tiempo. En suma, reconoce su naturaleza y reafirma su valor.

En tal virtud, el derecho individual que aquí se analiza queda inscrito entre las normas de observancia obligada durante un procedimiento penal. El principio de legalidad penal, aplicable al procedimiento y no sólo al régimen de los tipos y las penas, supone la puntual observancia de esas normas.

Si el derecho a la información consular ya forma parte del conjunto de derechos y garantías que integran el debido proceso, es evidente que la violación de aquél trae consigo las consecuencias que necesariamente produce una conducta ilícita de esas características: nulidad y responsabilidad. Esto no significa impunidad, porque es posible disponer la reposición del procedimiento a fin de que se desarrolle de manera regular. Esta posibilidad es ampliamente conocida en el derecho procesal y no requiere mayores consideraciones.

La OC-16 se refiere principalmente al caso de aplicabilidad o aplicación de la pena de muerte, aunque los conceptos procesales que maneja no se constriñen necesariamente, por su propia naturaleza, a los supuestos relacionados con esa pena. Es un hecho, desde luego, que la sanción capital, la más grave que previene el derecho punitivo, proyecta sus características sobre el tema que nos ocupa. Las consecuencias de la violación del derecho a la información, cuando está en juego una vida humana, son infinitamente más graves que en otros casos —aunque técnicamente sean iguales—, y además devienen irreparables si se ejecuta la pena impuesta. Ninguna precaución será suficiente para asegurar la absoluta regularidad del procedimiento que desemboca en la disposición de una vida humana.

Al adoptar el criterio sustentado en la OC-16, la Corte confirma el paso adelante que numerosas legislaciones han dado en la racionalización de la justicia penal. La admisión de este criterio contribuirá a que el procedimiento penal sea, como debe ser, un medio civilizado para restablecer el orden y la justicia. Se trata, evidentemente, de un punto de vista consecuente con la evolución de la justicia penal y con los ideales de una sociedad democrática, exigente y rigurosa en los métodos que utiliza para impartir justicia.

Menores de edad e infracción de la ley penal

Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva 17/2002, del 28 de agosto de 2002. Solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos presentó a la Corte una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículos 8 (Garantías Judiciales) y 25 (Protección Judicial) de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados en relación con los niños. Asimismo, requirió la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana.

En su presentación, la Comisión Interamericana hizo ver que existen ciertas “premisas interpretativas” que algunos Estados aplican a la hora de dictar medidas en relación con menores de edad, y que debilitan las garantías judiciales de éstos. Al respecto, solicitó el pronunciamiento del Tribunal sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana:

- “a) la separación de jóvenes de sus padres y / o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decidor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento.

- “**b)** la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárseles abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que o configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor (;)
- “**c)** la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- “**d)** la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor (; y)
- “**e)** (l)a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”.

En su Opinión, adoptada por seis votos contra uno, la Corte aceptó su competencia y la admisibilidad de la solicitud planteada, declaró que la expresión “niño” o “menor de edad”, para los efectos de la propia Opinión, abarca a toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, y sostuvo:

- “**1.** Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.
- “**2.** Que la expresión ‘interés superior del niño’, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.
- “**3.** Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños,

los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

- “4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
- “5. Que debe preservarse y favorecerse la presencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
- “6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
- “7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
- “8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.
- “9. Que los Estados Partes en la Convención Americana tienen la obligación, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

“10. Que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal (en) dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

“11. Que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar.

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños.

“13. Que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

VOTO

1. En la solicitud de *Opinión Consultiva* recibida y atendida por la Corte —OC-17/2002, sobre “Condición jurídica y derechos humanos del niño”—, a la que se agrega este *Voto concurrente razonado*, se refleja, entre otras cuestiones, la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia. Estos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica; y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio —real o supuesto— del menor de edad. Bajo cierta concepción, que no necesariamente comparto, pero que resulta expresiva para acotar estos supuestos, se hablaría de “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y de “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo. Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada “carga desfavorable”, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza —o termina— en el empleo mismo de dichas expresiones.

2. No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno, desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico —en mi concepto, desde el plano mismo de la Constitución nacional— y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta dentro de alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano legislativo, sin tomar en cuenta los principios y las

decisiones constitucionales, que gobiernan la tarea del legislador a la hora de “seleccionar” las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes.

3. En este *Voto*, como en la misma *Opinión Consultiva OC-17*, se utilizan indistintamente las voces “niño” y “menor” en su sentido más estricto (párr. 39), y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa. El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta *Opinión Consultiva*, para colocarlas por encima o fuera —como se prefiera— de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra “menor”, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno —o amplio— ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra “niño” ha poseído, en principio, un sentido más biológico o biopsíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

4. El concepto “niño” coincide con el de “menor de edad” cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente *Opinión Consultiva*, considera que es niño la persona menor de 18 años, “salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad” (artículo 1) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto —y a este sujeto— como punto de referen-

cia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma. La propia Corte Interamericana declara el alcance que tienen las voces “niño” y “menor de edad” para los efectos de la *Opinión Consultiva*. Se me excusará, en consecuencia, por no utilizar a cada paso la relación exuberante: niño, niña y adolescente (que pudiera ampliarse si también se distingue “el” adolescente de “la” adolescente).

5. Ni en la declaración de la Corte ni en los párrafos considerativos o en las opiniones específicas que figuran al final de la *OC-17*, aparece deslinde alguno que conduzca a establecer distinciones a partir o en relación con el discernimiento o la llamada presunción sobre la capacidad (o incapacidad) de dolo; distinciones que crearían, a su turno, nuevos subconjuntos dentro del gran conjunto de los niños. Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos en el ámbito que aborda este *Voto*: una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas.

6. Cuando la *Opinión Consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone —en mi concepto— que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 o 10 años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias —que no pretendo examinar ahora— en

el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón.

7. Evidentemente, las cuestiones que mencioné en el párrafo 1, *supra*, interesarían también si se tratara de un adulto o “mayor de edad”, y de hecho han determinado algunos de los más prolongados, intensos e importantes desarrollos vinculados con la democracia, el Estado de Derecho, las libertades, los derechos humanos y las garantías. Estos temas —con sus correspondientes valores— entran en la escena cuando se enfrenta el poder público con el individuo “delincuente”, por una parte, o “marginal o desvalido”, por la otra. En este enfrentamiento, tan antiguo como dramático, quedan en peligro los derechos individuales más relevantes —vida, libertad, integridad, patrimonio— y se elevan los más impresionantes argumentos, no necesariamente justificados o persuasivos, para legitimar la actuación del Estado, así como las características y objetivos (confesados o inconfesables) de aquélla.

8. Ahora bien, el punto se complica cuando además de la delicadeza que éste reviste en función de la materia —irregularidad, extravagancia, marginalidad, peligrosidad, delito—, vienen al caso los integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos (párr. 10). Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen —en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones— de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. Es natural que en este “terreno minado” aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo.

9. En el sistema penal del pasado distante, los mayores y los menores estuvieron sometidos a reglas semejantes, cuando no idénticas, aliviadas en el caso de los segundos por una benevolencia dictada por el sentimiento de humanidad o sustentada en la falta o disminución del discernimiento (sujeta a prueba, porque *malitia supplet aetatem*). Las diferentes edades del sujeto pudieron establecer también distintos grados de vinculación con la justicia penal y sus consecuencias características. La minoridad extrema —hasta siete o nueve años, por ejemplo— pudo excluir de plano el acceso a la justicia penal, aunque no a toda justicia del Estado. Una edad más avanzada, pero todavía no juvenil, moderó las consecuencias de la conducta delictuosa o a relativizó la intervención de la justicia penal en función del discernimiento que podía tener el sujeto para apreciar y gobernar su conducta. Finalmente, el cumplimiento de otra edad —la juvenil: entre 16 y 21 años— hizo al sujeto plenamente responsable de su conducta, y por lo tanto susceptible de enjuiciamiento y condena penales. En la realidad de la “vida penal”, las cosas no siempre ocurrieron como lo querían la ley o la cordura: sobran relatos —desde forenses y criminológicos hasta literarios— sobre la confusa reclusión de niños, adolescentes, jóvenes y adultos en los mismos depósitos de personas.

10. En algo más que el último siglo se abrió paso la idea de trazar un deslinde terminante entre quienes serían menores y quedarían sujetos a una jurisdicción o a una acción semipaterna por parte del Estado, y quienes serían mayores —capaces de Derecho penal— y quedarían sujetos a la justicia penal ordinaria. Se dijo entonces que la imputabilidad penal comenzaría en la edad límite, y que por debajo de ella existiría una inimputabilidad absoluta, por determinación de la ley. Esta certeza se resumió en una expresión centenaria: “*L'enfant est sorti du Droit pénal*”.¹

1. Garçon, en el Primer Congreso Nacional de Derecho Penal (*Rev. Pénitentiaire*, 1905), cit. Nillus, René, “La minorité pénale dans la législation et la doctrine du XIX siècle”, en Varios, *Le problème de l'enfance délinquante*, Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris, Lib. du Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 104.

11. No me extendiendo en este momento sobre la pertinencia o no de hablar a este respecto, como es frecuente hacerlo, de “inimputabilidad”, o utilizar otros conceptos que expliquen mejor la distin-

ción entre mayores y menores para efectos de Derecho penal. Si se considera, como lo hacen una acreditada doctrina y muchas leyes penales, que la imputabilidad es la capacidad de entender la licitud de la propia conducta y de conducirse conforme a ese entendimiento, se convendrá en que aquélla no es un tema de grupo, sino de persona; efectivamente, se es o no imputable en función de la capacidad aludida, que se tiene o no se tiene personalmente. La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica —la única que existe— en el caso de cada uno de ellos.

12. En todo caso, el deslinde, que debió ser uniforme, no lo ha sido nunca: en diversos países prevalecieron distintas fronteras, que también hubo o hay en el interior de un mismo país con régimen federativo. La situación es particularmente diversa incluso entre países que poseen comunidad de valores jurídicos, como es el caso en Europa: la edad de responsabilidad penal es de siete años en Chipre, Irlanda, Suiza y Liechtenstein; ocho en Escocia; trece en Francia; catorce en Alemania, Austria, Italia y varios Estados de Europa del Este; quince en los países escandinavos; dieciséis en Portugal, Polonia y Andorra, y dieciocho en España, Bélgica y Luxemburgo.²

2. Cfr. Eur. Court of H. R., *Case of T. v. The United Kingdom, Judgement of 16 December 1999*, para. 48.

13. La distribución de la población en esos dos grandes sectores, para fines de responsabilidad por conducta ilícita, implicó la creación o el desenvolvimiento de jurisdicciones —*lato sensu*— diferentes, ordenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones “paternales

o tutelares” fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen. En la tradición anglosajona, la raíz de esta idea se halla en el régimen de *parens patriae*,³ que entronca con el principio *the king as father of the realm*.

14. La evolución y adaptación de esta forma de enfrentar el tema de los jóvenes infractores guarda relación con la idea del “Estado social”, dotado de amplias atribuciones para asumir tareas económicas, sociales, educativas o culturales. El mismo impulso de intervención y asunción de funciones, que antes correspondieron solamente a otras instancias —aduciendo para ello razones atendibles y correspondiendo a realidades apremiantes—, anima en cierta medida el avance del Estado sobre los espacios de la paternidad y la tutela. Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el “Estado padre o tutor” podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del Derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas.

15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania, de 1838: *Ex parte Crouse*. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa “como autoridad, sino en el desempeño de

3. Cfr. Senna, Joseph J., y Siegel, Larry J., *Introduction to criminal justice*, West Publishing Company, 4th. ed., St. Paul, 1987, p. 535

4. "Ejecutoria dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo del amparo promovido a favor del menor Castañeda por su detención en el Tribunal de Menores", en Ceniceros, José Angel, y Garrido, Luis, *La ley penal mexicana*, Ed. Botas, México, 1934, p. 323.

una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores".⁴ Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: "tutelar".

16. La idea tutelar, entendida como se indica en los párrafos precedentes, representó en su momento un interesante progreso con respecto al régimen que anteriormente prevalecía. En efecto, quiso retirar a los menores de edad, y efectivamente lo hizo, del espacio en el que se desenvuelve la justicia para adultos delincuentes. Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor "sui generis", pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la "figura y el estrépito" de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores.

17. La entrega de los niños a este método para resolver sus "problemas de conducta", entendidos como "problemas con la justicia", trajo consigo diversas cuestiones difíciles que acarrearón el creciente cuestionamiento y la propuesta de sustituirlo por un régimen diferente. En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aqué-

llos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en “errores de conducta” más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar: “el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como “derecho tutelar”, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etc.”⁵

18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el Derecho común integran el “debido proceso legal”, y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia.

19. Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable. La erosión del antiguo sistema

5. “Documento de discusión para el Seminario de San José [11 al 15 de julio de 1983]”, redactado por el coordinador, profesor Eugenio R. Zaffaroni, en *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (Primer Informe)*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1984, p. 94.

6. *In re Gault*, 387 U.S. 9, 1967), dictada en el caso del adolescente —quince años de edad— Gerald Gault, a quien se inculpó —en unión de otro joven: Ronald Lewis— de llamadas telefónicas obscenas.

7. Cfr. Cole, George F., *The American System of Criminal Justice*, Brooks/Cole Publishing Company, 3^{ra}. ed., Monterey, California, 1983, p. 474.

comenzó desde diversas trincheras. Una, muy relevante, fue la jurisprudencia: del mismo modo que ésta entronizó con fuerza la doctrina de *parens patria*, acudiría a demoler las soluciones entroncadas con ésta y a instituir un régimen nuevo y garantista. En los Estados Unidos, una famosa resolución de la Suprema Corte, del 15 de mayo de 1967, *In re Gault*,⁶ imprimió un viraje en el sentido que luego predominaría, restituyendo a los menores ciertos derechos esenciales: conocimiento de los cargos, asistencia jurídica, interrogatorio a testigos, no autoincriminación, acceso al expediente e impugnación.⁷ La reacción dio origen a un sistema distinto, que se suele conocer con el expresivo nombre de “garantista”. Esta calificación denota el retorno de las garantías —esencialmente, derechos del menor, así como de sus padres— al régimen de los niños infractores.

20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia —y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en “sociedades juveniles”, como son las de Latinoamérica—, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual. Entre esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio de reducción de la edad, millones de personas, que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas.

21. En la actualidad existe en muchos países, como se percibió claramente en el curso de los trabajos (escritos y exposiciones en la audiencia pública del 21 de junio de 2002) (párr. 15) conducentes a la *Opinión Consultiva* a la que corresponde este *Voto*, un fuerte

debate de escuelas, corrientes o conceptos: de una parte, el régimen tutelar, que se asocia con la llamada doctrina de la “situación irregular” —que “no significa otra cosa, se ha escrito, que legitimar una acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad”—⁸ y de la otra, el régimen garantista, que se vincula con la denominada doctrina de la “protección integral” —con la que “se hace referencia a una serie de instrumentos jurídicos de carácter internacional que expresan un salto cualitativo fundamental en la consideración social de la infancia”; se transita, así, del “menor como objeto de la compasión—represión, a la infancia—adolescencia como sujeto pleno de derechos”.⁹ Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro —o desencuentro— apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos “fundamentalismos” con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista.

8. García Méndez, Emilio, *Derecho de la infancia—adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Santa Fé de Bogotá, Colombia, 1994, p. 22.

9. *Id.*, pp. 82–83.

22. Si se toma en cuenta que la orientación tutelar tiene como divisa brindar al menor de edad un trato consecuente con sus condiciones específicas y darle la protección que requiere (de ahí la expresión “tutela”), y que la orientación garantista tiene como sustancial preocupación el reconocimiento de los derechos del menor y de sus responsables legales, la identificación de aquél como sujeto, no como objeto del proceso, y el control de los actos de autoridad mediante el pertinente aparato de garantías, sería posible advertir que no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz, entre unos y otros designios. Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la *Opinión Consultiva*, que no se afilia a doctrina alguna.

23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximacio-

nes? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño —ante todo, un ser humano— es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?

24. Si eso es cierto, probablemente sería llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo. Quienes nos hemos ocupado alguna vez de estos temas —acertando e errando, y queriendo ahora superar los desaciertos o mejor dicho, ir adelante en la revisión de conceptos que ya no tienen sustento— hemos debido rectificar nuestros primeros planteamientos y arribar a nuevas conclusiones. Las contradicciones reales —y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos— se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro.¹⁰ En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Esta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra “tutela” su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores,¹¹ que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho disposeedor de los derechos fundamentales.

25. Por una parte, la síntesis retendría el diseño tutelar del ni-

10. Cfr. el desarrollo de esta opinión en mi trabajo “Algunas cuestiones a propósito de la jurisdicción y el enjuiciamiento de los menores infractores”, en *Memoria* (del Coloquio Multidisciplinario sobre Menores. Diagnóstico y propuestas), *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, 1996, pp.205–206.

11. Así, Jescheck, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cfr. *Tratado de Derecho penal. Parte general*. Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, vol. I, pp. 15–16.

ño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. Esta primera vertebración de la síntesis se recoge, extensamente, en la propia Convención Americana, en el Protocolo de San Salvador y en la Convención sobre los Derechos del Niño, que insiste en las condiciones específicas del menor y en las correspondientes medidas de protección, así como en otros instrumentos convocados por la *Opinión Consultiva*: Reglas de Beijing, Directrices de Riad y Reglas de Tokio (párrs. 106–111). Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor. Esta segunda vertebración se aloja, no menos ampliamente, en aquellos mismos instrumentos internacionales, que expresan el estado actual de la materia. En suma, el niño será tratado en forma específica, según sus propias condiciones, y no carecerá —puesto que es sujeto de derecho, no apenas objeto de protección— de los derechos y las garantías inherentes al ser humano y a su condición específica. Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro.

26. Por eso, en mi concepto, la *Opinión Consultiva* de la Corte Interamericana evita “suscribir” alguna de las corrientes en juego, y opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración —convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas— y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del Derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el Derecho de gentes.

27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por si-

tuciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto apareja igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra* —y en ello es enfática la *Opinión Consultiva*— que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la “diferencia” entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas “especiales” con respecto a los niños. La idea misma de “especialidad” constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe —una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho— y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad.

28. Es sobradamente sabido que en el proceso social —no público, no privado— se procura la igualdad de las partes por medios distintos de la simple, solemne e ineficaz proclamación de que todos los hombres son iguales ante los ojos de la ley. Es preciso introducir factores de compensación para conseguir, en la mejor medida posible, esa igualación. Lo ha sostenido expresamente la propia Corte Interamericana en su jurisprudencia, citada en esta *Opinión Consultiva*.¹² (párrs. 47 y 97). Los procesos en que interviene menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales. En aquéllos se requiere la defensa “material” que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal,

12. Cfr. *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 1º de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 119. En sentido similar, asimismo, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984*. Serie A No. 4, párr. 57.

suplencia de la queja, auxilio oficial para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera.

29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito —donde campeaba lo que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de “naturaleza tutelar–inquisitiva”¹³— obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si esta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres —o tutores— también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud.

30. Esta reivindicación procesal debe tomar nota, por otra parte, de ciertos hechos. En un caso, el niño no se encuentra calificado —piénsese, sobre todo, en los de edades más tempranas— para desenvolver una actuación personal como la que puede asumir un adulto, avezado o por lo menos maduro (párr. 101). Este rasgo del niño justiciable debe proyectarse sobre su actuación en el juicio y sobre la trascendencia de los actos que realiza —las declaraciones, entre ellos, cuyos requisitos de admisibilidad y eficacia suele contemplar la propia ley procesal—; no puede ser ignorado ni por la ley ni por el tribunal, so pretexto de igualdad de cuantos participan en el proceso, que al cabo ocasionaría los más grandes daños al interés jurídico del niño. Y en otro caso, es posible —habida cuenta, sobre todo, de las características de los conflictos que aquí

13. Alcalá–Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

se dirimen— que exista una contradicción de intereses y hasta de posiciones entre los padres y el menor. No siempre es este el terreno propicio para que se ejerza, en toda su natural amplitud, la representación legal que corresponde, en principio, a quienes ejercen patria potestad o tutela.

31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia —e invariablemente con respeto a la legalidad— en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona —y no solamente, como es obvio, un menor de edad— exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente.

32. El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como “garante natural y necesario” de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el *periculum in mora*. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio —o el procedimiento— correspondiente.

33. Considero indispensable subrayar —y celebro que lo haya hecho la *OC-17/2002*— una cuestión mayor para la reflexión sobre esta materia, que integra el telón de fondo para entender dónde se hallan las soluciones a muchos de los problemas —no todos, obviamente— que en este orden nos aquejan. Si se mira la realidad de los menores llevados ante las autoridades administrativas o jurisdiccionales y luego sujetos a medidas de protección en virtud de infracciones penales o de situaciones de otra naturaleza, se observará, en la inmensa mayoría de los casos, que carecen de hogar integrado, de medios de subsistencia, de acceso verdadero a la educación y al cuidado de la salud, de recreación adecuada; en suma, no cuentan ni han contado nunca con condiciones y expectativas razonables de vida digna (párr. 86). Generalmente son éstos —y no los mejor provistos— quienes llegan a las barandillas de la policía, por diversos cargos, o sufren la violación de algunos de sus derechos más esenciales: la vida misma, como se ha visto en la experiencia judicial de la Corte Interamericana.

34. En estos casos, que corresponden a un enorme número de niños, no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, cuya “progresividad” no ha permitido abarcar, hasta hoy, a millones y millones de seres humanos que, en plena infancia, distan mucho de contar con los satisfactores que esas declaraciones y esas normas —pendientes de cumplimiento— prometen formalmente. A esto se ha referido la Corte en el *Caso Villagrán Morales*, que se cita en la presente *Opinión Consultiva* (párr. 80), cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, contenidas en el artículo 4 de la Convención Americana, sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores.¹⁴

14. Cfr. *Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros)*, Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párr. 144.

35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar —si cuentan con él—, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones —que debieran ser excepcionales— en que algunos menores afrontan “problemas con la justicia”. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención.¹⁵ No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizás, esmero sobre los derechos civiles y políticos —o sólo algunos de ellos, entre los más visibles— y desatención acerca de los otros.

15. En los términos de los *Principios de Limburg sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (junio de 1986), “en vista de que los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles e interdependientes, se debería dedicar la misma atención y consideración urgente en la aplicación y promoción de ambos: los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales” (principio 3).

36. La *OC-17* acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados, que se plantea —por lo que toca al plano americano— desde la Carta de Bogotá conforme al Protocolo de Buenos Aires, de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo —son, en este sentido, genuina “ley suprema”, “ley de leyes” —, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños.

Derechos de trabajadores migrantes indocumentados

Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados.

Opinión Consultiva 18/03, del 17 de septiembre de 2003.

Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos

El 10 de mayo de 2002, México sometió ante la Corte una solicitud de Opinión Consultiva en torno a derechos laborales de los migrantes. Para ello invocó la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las preguntas planteadas por el solicitante fueron:

“En el marco del principio de igualdad jurídica consagrado en el artículo II de la Declaración Americana, en el artículo 24 de la Convención Americana, en el artículo 7 de la Declaración Universal y en el artículo 26 del Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos...),
“1) ¿Puede un Estado americano, en relación con su legislación laboral, establecer un trato perjudicialmente distinto para los trabajadores migratorios indocumentados en cuanto al goce de sus derechos laborales respecto de los residentes legales o los ciudadanos, en el sentido de que dicha condición migratoria de los trabajadores impide per se el goce de tales derechos?

“2.1) Los artículos 2, párrafo 1 de la Declaración Universal y II de la Declaración Americana y los artículos 2 y 26 del Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos), así como 1 y 24 de la Convención Americana, ¿deben interpretarse en el sentido de que la legal estancia de las personas en el territorio de un Estado americano es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice los derechos y libertades reconocidos en dichas disposiciones a las personas sujetas a su jurisdicción?

“2.2) A la luz de las disposiciones citadas en la pregunta anterior (.), ¿puede considerarse que la privación de uno o más derechos laborales, tomando como fundamento de tal privación la condición indocumentada de un trabajador migratorio, es compatible con los deberes de un Estado americano de garantizar la no discriminación y la protección igualitaria y efectiva de la ley que le imponen las disposiciones mencionadas?

“Con fundamento en el artículo 2, párrafos 1 y 2 y en el artículo 5, párrafo 2, (ambos) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, es y Políticos), el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?”

“3) ¿Cuál sería la validez de la interpretación por parte de un Estado americano en el sentido de subordinar o condicionar de cualquier forma la observancia de los derechos humanos fundamentales, incluyendo el derecho a la igualdad ante la ley y a la igual y efectiva protección de la misma sin discriminación, a la consecución de objetivos de política migratoria contenidos en sus leyes, independientemente de la jerarquía que el derecho interno atribuya a tales leyes, frente a las obligaciones internacionales derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de otras obligaciones del derecho internacional de los derechos humanos oponibles erga omnes?

“Habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos y su codificación, en especial a través de las disposiciones invocadas de los instrumentos mencionados en la presente solicitud,

“4) ¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*? Si la respuesta a esta segunda pregunta resultase afirmativa, ¿qué efectos jurídicos se derivan para los Estados miembros de la OEA, individual y colectivamente, en el marco de la obligación general de respetar y garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto (Internacional de Derechos Civil garantizar, conforme al artículo 2 párrafo 1 del Pacto (Internacional de Derechos Civiles y Políticos), el cumplimiento de los derechos humanos a que se refieren el artículo 3, inciso (I) y el artículo 17 de la Carta de la OEA?”

En su Opinión, la Corte señaló por unanimidad:

- “1.** Que los Estados tienen la obligación general de respetar y garantizar los derechos fundamentales. Con este propósito deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que restrinjan o vulneren un derecho fundamental.
- “2.** Que el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional.
- “3.** Que el principio de igualdad y no discriminación posee un carácter fundamental para la salvaguardia de los derechos humanos tanto en el derecho internacional como en el interno.
- “4.** Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación forma parte del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional. En la actual etapa de evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*.

- “5.** Que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea obligaciones erga omnes de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares.
- “6.** Que la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos vincula a los Estados, independientemente de cualquier circunstancia o consideración, inclusive el estatus migratorio de las personas.
- “7.** Que el derecho al debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio. El amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna.
- “8.** Que la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral. El migrante, al asumir una relación de trabajo, adquiere derechos por ser trabajador, que deben ser reconocidos y garantizados, independientemente de su situación regular o irregular en el Estado de empleo. Estos derechos son consecuencia de la relación laboral.
- “9.** Que el Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los extranjeros, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador–trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.
- “10.** Que los trabajadores, al ser titulares de derechos laborales, deben contar con todos los medios adecuados para ejercerlos. Los trabajadores migrantes indocumentados poseen los mismos derechos laborales que corresponden a los demás trabajadores del Estado de empleo, y este último debe tomar todas las medidas

necesarias para que así se reconozca y se cumpla en la práctica.

“11. Que los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la igualdad ante la ley y la no discriminación a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.

VOTO

1. La Corte Interamericana emite la *Opinión Consultiva OC-18/03*, el 17 de septiembre del 2003, bajo el epígrafe “*Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*”. De esta manera abarca un amplio panorama: la situación de los migrantes indocumentados en general, es decir, de las personas que dejan un Estado con el propósito de trasladarse a otro y establecerse en él, pero no cuentan con la autorización para ello del Estado en el que pretenden residir, caracterización que se desprende del “Glosario” que figura en el Capítulo V de esta *Opinión Consultiva* (párr. 69). En esa situación se hallan muchas personas, independientemente del propósito que anime su traslado, de las condiciones en que se encuentren y de la actividad que desarrollen o quieran desarrollar.

2. Una categoría específica dentro de aquel género es la que corresponde a los *trabajadores* migrantes indocumentados, esto es, a las personas que no disponen de autorización para ingresar y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo, conforme a las leyes de ese Estado y a los acuerdos internacionales en los que éste sea parte, y que, sin embargo, realizan esa actividad, como ha entendido la Convención internacional sobre la protección de todos los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990, y se reconoce en el “Glosario” citado en el párrafo anterior. Sobre estos últimos, trabajadores de la ciudad y del campo, versa principalmente —aunque no exclusivamente— la solicitud planteada por los Estados Unidos Mexicanos a la Corte Interamericana de

Derechos Humanos. Se requiere examinar los derechos que asisten a los millones de seres humanos, mujeres y hombres, que se han desplazado o se desplazan en el mundo entero —y dentro de ese mundo, en los países americanos—, movidos por diversos factores e impulsados por una misma expectativa: ganarse la vida, como se suele decir, más allá del país en el que nacieron.

3. Por sí misma, esta cuestión reviste la mayor importancia y ha merecido, en consecuencia, referencias destacadas en la solicitud de opinión y en las expresiones de los Estados y los particulares que intervinieron —éstos como *amici curiae*— en el proceso de la consulta. Esta materia destaca igualmente en las respuestas de la Corte Interamericana, que también podrían agruparse bajo otro epígrafe específico que destaque el universo que preocupa al solicitante y a los participantes y ocupa al tribunal interamericano: “*Condición jurídica y derechos de los trabajadores migrantes indocumentados*”.

4. El tema al que se refiere esta *Opinión Consultiva* reviste importancia fundamental en nuestro tiempo. La creciente relación entre los pueblos, el proceso de mundialización que se proyecta sobre diversos ámbitos y las heterogéneas condiciones de las economías nacionales, regionales y global, han determinado la aparición y el crecimiento de corrientes migratorias que poseen características particulares y demandan soluciones racionales. En una resolución sobre “*Migración internacional y desarrollo*” —que se menciona en la *OC-18*, la Asamblea General de Naciones Unidas¹ señaló que “entre otros factores, el proceso de mundialización y liberalización, incluidas la creciente disparidad económica y social entre muchos países y la marginación de amplios segmentos de la población de la economía mundial, ha contribuido a crear grandes movimientos de población entre los países y a intensificar el complejo fenómeno de la migración internacional”.

5. En una publicación reciente se recuerda que “la mayoría de las personas se desplazan para mejorar sus medios de vida, buscar

1. A/RES/54/212, de 1 de febrero de 2000.

nuevas oportunidades o escapar de la pobreza”, sin ignorar otros motivos: la reunión de las familias, las guerras y otros conflictos, las violaciones a los derechos humanos, la expulsión y la discriminación. Al “final del siglo XX había unos 175 millones de migrantes internacionales, casi el 3 por ciento de la población mundial y el doble de los que había en 1975. Aproximadamente un 60 por ciento de los migrantes internacionales, o sea unos 40 millones, están en países desarrollados”.²

2. Comisión de la Seguridad Humana, *La seguridad humana*, Nueva York, 2003, p. 45.

6. Las nuevas corrientes migratorias, que constituyen el punto de referencia para la *Opinión Consultiva OC-18/2003*, reflejan las condiciones de la economía en los países de origen y destino de los migrantes. En éstos operan factores de atracción que reclaman el aporte de la mano de obra de esos trabajadores, que concurren a la creación de riqueza y contribuyen de manera muy significativa —como han reconocido los analistas de estos procesos— al bienestar y desarrollo de los países receptores. Un análisis de esta materia por la OIT —que se invoca en la intervención del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL)— menciona, con respecto a un universo de 152 países, que entre 1970 y 1990 el número de los clasificados como grandes receptores de inmigrantes en busca de trabajo pasó de 39 a 67, y el de los considerados grandes emisores bajo el mismo concepto se elevó de 29 a 55. Las condiciones en que se producen algunos de estos procesos y los resultados que tienen implican, de hecho, una especie de subsidio a las economías más desarrolladas, además de su significado como fuente de recursos para los migrantes que prestan sus servicios en aquéllas y para las familiares que residen en los lugares de procedencia.

7. Estos procesos no pueden —o mejor: no deben— sustraerse a la observancia escrupulosa de los derechos humanos de los migrantes. Esta es la tesis central sostenida en la *Opinión Consultiva OC-18/2003* y proyectada en las diversas áreas de interés que ésta abarca, una tesis que corresponde al criterio rector del Derecho nacional e internacional contemporáneo, en sus mejores expre-

siones, a la doctrina y la práctica del Estado de Derecho en una sociedad democrática y a los principios que gobiernan el Derecho internacional de los derechos humanos y la aplicación de sus normas por parte de los Estados integrantes de la comunidad jurídica y las correspondientes jurisdicciones internacionales.

8. Evidentemente, no es posible reducir un fenómeno de esta naturaleza a una cuestión de policía fronteriza, ni abarcarlo desde la simple perspectiva de la legalidad o ilegalidad, regularidad o irregularidad, de la estancia de extranjeros en determinado territorio. Esta óptica no permite entender y normar en forma racional y constructiva la oferta de trabajo lícito y creativo y la demanda que mantiene en operación los procesos económicos, con beneficio para quienes prestan sus servicios y para quienes los contratan. El fenómeno desborda esas perspectivas reduccionistas, que a menudo conducen a la adopción de medidas improcedentes y lesivas para los trabajadores migrantes, e incluso para la economía en la que éstos se instalan. Tal visión limitada y errónea trae consigo, también con frecuencia, problemas en la relación entre naciones vecinas.

9. Quienes forman parte de esas corrientes migratorias se hallan sujetos, con gran frecuencia, a condiciones de grave desvalimiento, derivadas de su extrañeza social, económica y cultural con respecto al país en el que trabajan, y de la carencia de instrumentos para preservar sus derechos. En estas circunstancias constituyen un sector sumamente vulnerable, que efectivamente ha sufrido las consecuencias de esa vulnerabilidad en la aplicación de leyes, la adopción y ejecución de políticas y la proliferación de prácticas discriminatorias y abusivas en sus relaciones laborales con respecto a los empleadores que utilizan sus servicios y a las autoridades del país en el que se encuentran. Esa vulnerabilidad tiene naturaleza estructural. Su vertiente cultural, de carácter endógeno, se asocia —como sostiene el escrito de *amicus curiae* presentado por un académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (Jorge A. Bustamante Fernández)— a “condiciones

suficientes para que se den extremos de impunidad de los violadores de los derechos humanos de los extranjeros/inmigrantes”.

10. Son bien conocidos los abundantes casos de agresión de migrantes indocumentados por parte de servidores públicos, que incumplen o desvían el ejercicio de sus atribuciones, y por la mano de particulares, que aprovechan la situación de desventaja en la que se encuentran los migrantes indocumentados para someterlos a maltrato o hacerlos víctimas de delitos. Entre éstos figuran hechos de sangre y atropellos de diversas características, que regularmente quedan impunes o son sancionados con medidas leves que no guardan proporción alguna con la gravedad de los ilícitos cometidos. En una resolución sobre “*Protección de los migrantes*”—mencionada en la *Opinión Consultiva*—, la Asamblea General de las Naciones Unidas³ expresó su preocupación por “las manifestaciones de violencia, racismo, xenofobia y otras formas de discriminación y trato inhumano y degradante de que son objeto los migrantes, especialmente las mujeres y los niños, en diferentes partes del mundo”.

3. A/RES/54/166, del 24 de febrero del 2000.

11. La vulnerabilidad de los trabajadores migrantes aumenta, hasta llegar a extremos dramáticos que conmueven la conciencia moral de la humanidad, cuando aquellos carecen de la autorización oficial para ingresar y permanecer en el país, y pertenecen, por lo mismo, a la categoría de quienes son sumariamente identificados como trabajadores “indocumentados”, “en situación irregular” o, peor todavía, “ilegales”. Lo que debiera ser una característica administrativa con efectos bien acotados, se convierte en una “etiqueta” que trae consigo múltiples desventajas y expone a innumerables abusos. Ese sector queda bajo un rótulo expresivo: es una “categoría sospechosa”, como indica la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el escrito de otro *amicus curiae* se alude a “categoría sospechada”—, concepto elaborado a partir de la jurisprudencia europea y del derecho comparado. Se trata, en fin, de “personas bajo sospecha”, con todo lo que esto significa y, más todavía, con todo lo que sugiere e inclusive permite.

12. No mencionaré aquí con detalle —pero es preciso tener en cuenta— las características del trato que se suele dar a los trabajadores indocumentados. En este figuran abusos y atropellos de diversa naturaleza en los centros de trabajo, pero también fuera de ellos, a través de las condiciones de inseguridad que los agobian, el trato reciben y otros aspectos, muy diversos, de su vida personal y familiar, incluso los más íntimos y delicados. Los relatos puntuales de esta situación, hechos por observadores de diversos países a propósito del estado de cosas que prevalece en distintos Continentes, ilustran ampliamente sobre esta materia.

13. Esta es la situación en la que viven, trabajan y padecen millones de personas en muchos países del mundo, entre ellos algunos que han figurado, históricamente, en la línea avanzada de los derechos humanos y la democracia. Así, cuando se alude al problema de los trabajadores migrantes indocumentados, tema central de la *OC-18/2003*, se hace referencia a un gran número de seres humanos localizados en diversos países, como se advierte a través de las aportaciones estadísticas de quienes acudieron, como representantes de Estados o *amici curiae*, al proceso de reflexión que condujo a esta *Opinión Consultiva*.

14. La *OC-18/2003* se eleva, como no podía ser menos, sobre la admisión de los derechos humanos reconocidos a todas las personas y exigibles a todos los Estados. Esto corresponde, por lo demás, a la idea radical de los derechos fundamentales en los términos expresados por las declaraciones nacionales a partir del siglo XVIII y los instrumentos internacionales más destacados en el siglo XX. Ese reconocimiento, que se funda en la dignidad humana y trasciende todas las fronteras políticas, constituye el dato moral, jurídico y político más relevante en la etapa actual del orden jurídico. Las violaciones cometidas en aquella centuria y en la que ahora se inicia no reducen el estatuto contemporáneo del ser humano, producto de una larga y azarosa evolución, ni suprimen la exigibilidad de los derechos humanos frente a todos los Estados. Por el

contrario, refuerzan una preocupación compartida por innumerables personas y ponen de manifiesto la necesidad de sostener la batalla por asegurar a todos el más amplio goce y ejercicio de aquellos derechos. No sobra decir que esta es la filosofía que anima a las grandes organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas y la Organización de los Estados Americanos, en los términos de sus cartas constitutivas, y compromete, por lo tanto, a los Estados que forman parte de ellas y han aceptado su ideario y los compromisos que éste representa.

15. En el pensamiento generador de las declaraciones de derechos y en sus expresiones modernas figuran las invocaciones a la libertad y a la igualdad de los seres humanos. Esta trae consigo, primero implícitamente, luego en forma explícita que ya puebla numerosos documentos —como se indica en la presente *Opinión Consultiva*— el más completo y terminante rechazo de la discriminación por cualesquiera motivos. Aquella convicción profunda constituye la fuente de las luchas históricas del ser humano contra diversas formas de opresión —luchas que han culminado en la consagración de sucesivos conjuntos de derechos fundamentales— y son el cimiento sobre el que se construye el orden jurídico moderno.

16. La igualdad ante la ley y el rechazo de todas las formas de discriminación se encuentran a la cabeza de los textos declarativos, preceptivos y garantizadores de los derechos humanos. Integran, en cierto modo, puntos de referencia, factores de creación, criterios de interpretación y espacios de protección de todos los derechos. Constituyen, por el grado de aceptación que han alcanzado, expresiones claras del *jus cogens*, con el carácter imperativo que éste reviste más allá de las convenciones generales o particulares, y con los efectos que posee para la determinación de obligaciones *erga omnes*.

17. Esa idea, que se afirma en la *OC-18/2003*, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación

como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que “habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, deben ser consideradas como normas de *jus cogens*, y en ese sentido se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de (las) normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados”. En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica.

18. La verdadera igualdad ante la ley no se cifra solamente en la declaración igualitaria que ésta pudiera contener, sin miramiento para las condiciones reales en que se encuentran las personas sujetas a ella. No hay igualdad cuando pactan —para formar, por ejemplo, una relación de trabajo— el empleador que cuenta con suficientes recursos y se sabe apoyado por las leyes, y el trabajador que sólo dispone de sus brazos e intuye —o conoce perfectamente— que las leyes no le ofrecerán el apoyo que brindan a su contraparte. Tampoco hay auténtica igualdad cuando comparecen ante el tribunal un contendiente poderoso, bien provisto de medios de defensa, y un litigante débil, que carece de los instrumentos para probar y alegar en su defensa, independientemente de las buenas razones y los derechos que sustenten sus respectivas pretensiones.

19. En esos casos, la ley debe introducir factores de compensación o corrección —y así lo sostuvo la Corte Interamericana cuando examinó, para los fines de la *Opinión Consultiva OC-16/99*, el concepto de debido proceso— que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos, y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal.

Me parece útil traer aquí una expresión de Francisco Rubio Llorente, que puede ser aplicable al punto que ahora me ocupa, sin perjuicio del alcance más general que posea. Todo “Derecho se pretende justo —dice el tratadista español—, y es la idea de justicia la que lleva derechamente al principio de igualdad que, en cierto modo, constituye su contenido esencial”. Ahora bien, “la igualdad no es un punto de partida, sino una finalidad”.⁴ A esa finalidad deben atender y a ella deben tender los ordenamientos que regulan relaciones entre partes social o económicamente desiguales, y las normas y prácticas del enjuiciamiento, en todas sus vertientes.

4. “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Superior”, en *La forma del poder (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 644 y 656.

20. La proscripción de la discriminación no admite salvedades o ámbitos de tolerancia, que funcionarían como “santuarios de infracciones”: se reprueba en todos los casos. No importa, para este efecto, que aquélla se proyecte sobre derechos considerados primordiales, como pudieran ser los referentes a la vida, la integridad física o la libertad personal, entre otros, o sobre derechos a los que algunos asignan un rango diferente o una trascendencia distinta. Es discriminatorio prever sanciones diferentes por las mismas faltas en función de la pertenencia de los autores a determinados grupos sociales, religiosos o políticos. Lo es negar el acceso a la educación a los integrantes de un grupo étnico y permitirlo, en cambio, a los miembros de otro. Y lo es —bajo el mismo título de reproche— proveer a unas personas con todas las medidas de protección que merece la realización de un trabajo lícito, y negarlas a otras personas que despliegan la misma actividad, arguyendo para ello condiciones ajenas al trabajo mismo, como son las derivadas, por ejemplo, de su *status* migratorio.

21. Los principios de igualdad ante la ley y no discriminación quedan a prueba cuando entran en contacto diversos grupos humanos, llamados a participar en relaciones jurídicas y económicas que ponen en riesgo los derechos de quienes son más débiles o se hallan menos provistos, en virtud de sus circunstancias y de la forma en que se establecen y desenvuelven esas relaciones. Esto se ha observado —y hoy mismo se observa— en múltiples casos, por los más

diversos motivos: nacionales y extranjeros, varones y mujeres, adultos y menores, mayorías y minorías étnicas, culturales, políticas y religiosas, vencedores y vencidos en contiendas internas e internacionales, grupos arraigados y grupos desplazados, sólo por ejemplo. Y eso acontece entre quienes forman parte del contingente laboral en su propio país y quienes concurren con ellos en los mismos procesos económicos, pero carecen de la condición de nacionales. Esta condición constituye el escudo de protección de unos; su ausencia significa, a menudo, el factor de exclusión o menoscabo de otros.

22. La pretensión irreductible y permanente del sistema de derechos humanos, así como de las ideas en las que se sustenta y de los fines que persigue— es eliminar las distancias, combatir los abusos, asegurar los derechos; en suma, establecer la igualdad y realizar la justicia, no apenas como designio ético, que sería, de suyo, relevante, sino también como estricto cumplimiento de normas imperativas que no aceptan salvedades y obligan a todos los Estados: *jus cogens* y deberes *erga omnes*, como se dijo. En algunos casos hay avances estimables, aunque todavía insuficientes —así, la igualdad jurídica entre hombres y mujeres, que no alcanza, empero, a dominar la realidad y convertirse en unánime experiencia—, y queda mucho por recorrer en otros, como sucede en el ámbito de las relaciones laborales, cuando en él concurren trabajadores nacionales y extranjeros.

23. La OC-18/2003 desautoriza el criterio que sugiere restricciones y reducciones en los derechos de las personas, cuando éstas trascienden las fronteras de su país y se trasladan al extranjero, como si ese tránsito erosionara el estatuto humano y restara dignidad y, por lo tanto, derechos y libertades a los migrantes. El Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas —citado en el escrito de *amicus curiae* del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), Servicio de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF) y Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facul-

tad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires— ha puntualizado que “(t)odas las personas, independientemente del lugar de residencia, tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Corresponde a todos los Estados respetar los derechos humanos fundamentales de los migrantes, independientemente de su condición jurídica”. Añade: “(u)n principio básico de los derechos humanos es que el hecho de entrar en un país distinto del propio violando las leyes de inmigración del país no supone la pérdida de los derechos humanos del inmigrante en situación irregular. Tampoco suprime la obligación de un Estado Miembro (en un instrumento internacional) de protegerlos”. Sin embargo, no siempre se reconoce esto. Sucede, en cambio, como se dijo en la intervención de *amicus curiae* del representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) que cuando se cataloga a unas personas como migrantes, “lo que se quiere decir es que no tienen derechos y que por ende el Estado, en ejercicio de su soberanía, puede expulsarlos, deportarlos o violarles sus derechos básicos”.

24. La presente *Opinión Consultiva* no niega la posibilidad de establecer diferencias entre categorías de sujetos: diferencias razonables, fundadas en datos objetivos, con las que se pretenda alcanzar objetivos lícitos por medios legítimos. Desde luego, es factible que un Estado, al regular el acceso a su territorio y la permanencia en éste, fije condiciones y requisitos que los migrantes deben atender. La inobservancia de las disposiciones migratorias traería consigo consecuencias del mismo orden, pero no debiera acarrear efectos en materias ajenas a la cuestión del ingreso y la estancia del migrante.

25. En función de lo anterior, no sería admisible, por ejemplo, que se privara al indocumentado, por el hecho de serlo, de las libertades de pensamiento y opinión. Tampoco lo es sancionar el incumplimiento de disposiciones migratorias con medidas que atañen a otros ámbitos, desconociendo las situaciones creadas en éstos y los efectos que debieran traer consigo, por sí mismas, com-

pletamente ajenos a la infracción migratoria. Proceder de otra manera significaría, como sucede en efecto, desposeer a una persona, aduciendo faltas administrativas, del producto de un trabajo ya realizado: una expropiación, *lato sensu*, de aquello que obtuvo el operario con su trabajo, mediante acuerdo de voluntades con un tercero, y que ya produjo cierto beneficio a éste, que se transformaría en lucro indebido si se excluye la contraprestación —en sus diversas expresiones— por el trabajo realizado.

26. Tomando en cuenta las características de los deberes generales de los Estados al amparo del Derecho internacional general y del Derecho internacional de los derechos humanos, específicamente, en lo que corresponde a estos extremos del *jus cogens*, aquellos deben desarrollar, como se sostiene en la *OC-18/2003*, determinadas acciones en tres órdenes mutuamente complementarios: a) por una parte, asegurar a través de medidas legislativas y de otra naturaleza —es decir, en todo el ámbito de atribuciones y funciones del Estado— la efectiva vigencia —no sólo la consagración nominal— de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación alguna; b) por otra parte, suprimir las disposiciones, cualesquiera que sean su rango o su alcance, que entrañan desigualdad indebida o discriminación; y c) finalmente, combatir las prácticas públicas o privadas que tengan esta misma consecuencia. Sólo entonces se puede decir que un Estado cumple sus obligaciones de *jus cogens* en esta materia, que, como se ha mencionado, no dependen de que el Estado sea parte en determinado convenio internacional, y sólo entonces quedaría a cubierto de la responsabilidad internacional que proviene del incumplimiento de deberes internacionales.

27. La *OC-18/2003* examina centralmente los derechos derivados del trabajo y concernientes, por ende, a los trabajadores. Estos pertenecen a la categoría de los derechos denominados “económicos, sociales y culturales”, que algunos tratadistas califican como derechos de “segunda generación”. Ahora bien, sea cual fuere el emplazamien-

to de éstos, tomando en cuenta su materia e incluso la época en la que llegaron a los textos constitucionales, primero, e internacionales, luego, lo cierto es que tienen el mismo rango que los derechos llamados “civiles y políticos”. Unos u otros, mutuamente dependientes o condicionados, integran el estatuto contemporáneo del ser humano: son un solo conjunto amplio, partes del mismo universo, que se desintegraría artificialmente si quedara excluida alguna de ellas.

28. Entre esos derechos no hay más distancia que la relativa a su materia, a la identidad de los bienes que tutelan, al espacio en el que surgen y prosperan. Tienen la misma jerarquía y reclaman idéntico respeto. No es debido confundir unos con otros, pero tampoco es posible ignorar la relación en que se encuentran, por el imperio mismo de las circunstancias: digamos, por ejemplo, que si bien el derecho al trabajo no se confunde con el derecho a la vida, el trabajo es condición de una vida digna, e incluso de la vida misma: factor de subsistencia. Si se niega el acceso al trabajo, o se impide al obrero la recepción de sus frutos, o se obstruye la vía jurisdiccional o administrativa por la que éste reclama sus derechos, podría quedar en riesgo la vida, y en todo caso sufrirá menoscabo la calidad de la vida, que es un punto básico tanto de los derechos económicos, sociales y culturales como de los civiles y políticos.

29. Los derechos humanos de los trabajadores, esto es, los derechos fundamentales de carácter laboral, derivan de dos fuentes, que operan en forma concertada: a) primero, la condición humana del titular, que excluye, como ya se dijo, desigualdades inadmisibles y discriminaciones; y b) segundo, la relación de trabajo que se establece entre el titular de esos derechos y la persona jurídica, individual o colectiva, a la que prestará, presta o ha prestado sus servicios, relación que surge del hecho mismo de prestar, disponerse a prestar o haber prestado un servicio, independientemente de que aquélla se encuentre formalizada a través de un contrato, que no existe en un gran número de casos —la mayoría, probablemente—, aunque sí exista —y esto es lo que verdaderamente

importa— el hecho determinante de la relación laboral, que es al mismo tiempo fuente de derechos y obligaciones.

30. Hay que acentuar esas consideraciones en lo que respecta a todos los individuos que realizan actividades a cambio de cierta remuneración, pero principalmente —por tratarse de la materia que se analiza en la *OC-18/2003*— en la hipótesis de quienes tienen la calidad de trabajadores conforme a la caracterización que sobre esta categoría suele proporcionar el Derecho del trabajo: prestadores de servicios en forma dependiente y subordinada, que integran el más amplio contingente del grupo vulnerable a causa de su condición migratoria, principalmente cuando se trata de migrantes indocumentados.

31. En diversos instrumentos internacionales —además de los textos nacionales más avanzados— se formulan listas o relaciones de derechos laborales que deben ser reconocidos y garantizados. Así, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares y la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (86ª, Reunión, Ginebra, 1998).

32. Estos y otros instrumentos concurren a establecer los estándares internacionales en materia de derechos laborales, invocados en esta *Opinión Consultiva* y aplicables al derecho y a las prácticas que, conforme a éste, se presenten en los Estados. Tales estándares son el producto de una constante y acreditada evolución, expresan la opinión compartida por los miembros de la comunidad jurídica internacional y poseen, por lo tanto, el doble valor que le asignan esta circunstancia y la naturaleza propia de los instrumentos en los que aquéllos se inscriben.

33. Hay ciertos derechos, mencionados en la parte considerativa de la *OC-18/2003*, que poseen especial importancia en cuanto son los más generalmente recogidos en las normas nacionales e internacionales, a menudo constituyen condiciones o factores de otros derechos laborales y por sus propias características determinan el marco general para la prestación del trabajo y la protección y el bienestar de quienes lo realizan. En la correspondiente relación —que no es exhaustiva— figuran la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la eliminación de discriminaciones en la prestación laboral, la abolición del trabajo infantil, la protección de las mujeres trabajadoras y los derechos correspondientes al salario, la jornada laboral, el descanso y las vacaciones, la higiene y seguridad en el trabajo, la asociación sindical, la negociación colectiva.

34. En el “*Programa de Acción*” emitido por la Conferencia mundial contra el racismo, la discriminación social, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia (Durban, 2001) se instó a los Estados a asegurar la plena igualdad de los migrantes ante la ley, “incluida la legislación laboral”, y a que “eliminen los obstáculos, según proceda, a: la participación en la formación profesional, la negociación colectiva, el empleo, los contratos y las actividades sindicales; el acceso a los tribunales judiciales y administrativas para plantear quejas; el derecho a buscar empleo en diferentes partes del país de residencia, y el trabajo en condiciones seguras y saludables”.⁵ También se les instó a adoptar “todas las medidas posibles para promover el pleno disfrute por todos los migrantes de todos los derechos humanos, en particular los relacionados con los sueldos justos y la remuneración equitativa por trabajo de igual valor sin distinción de ninguna especie, y el derecho a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia en circunstancias ajenas a su voluntad, la seguridad social, incluido el seguro social, el acceso a la educación, la atención sanitaria, los servicios sociales y el respeto a su identidad cultural”.⁶

5. *Programa*, párr. 28.

6. *Programa*, párr. 30, g.

35. La mención de estos derechos en la *Opinión Consultiva OC-18* no sirve al propósito de establecer cierta organización jerárquica de los derechos humanos de los trabajadores, distribuidos en un conjunto que pudiera constituir el “núcleo duro” y otro que pudiera poseer otro carácter, de alguna manera secundario o prescindible. Sólo se trata de poner énfasis sobre determinados derechos que destacan en la relación laboral y en las necesidades y expectativas de los trabajadores migrantes indocumentados y a cuya observancia y garantía es preciso dedicar especial atención, sin menoscabo de la que se deba brindar a otros derechos no mencionados en esa relación.

36. La proclamación de derechos sin la provisión de garantías para hacerlos valer queda en el vacío. Se convierte en una formulación estéril, que siembra expectativas y produce frustraciones. Por ello es preciso establecer las garantías que permitan reclamar el reconocimiento de los derechos, recuperarlos cuando han sido desconocidos, restablecerlos si fueron vulnerados y ponerlos en práctica cuando su ejercicio tropieza con obstáculos indebidos. A esto atiende el principio de acceso igual y expedito a la protección jurisdiccional efectiva, es decir, la posibilidad real de acceder a la justicia a través de los medios que el ordenamiento interno proporciona a todas las personas, con la finalidad de alcanzar una solución justa a la controversia que se ha suscitado. En otros términos: acceso formal y material a la justicia.

37. A ese acceso sirve el debido proceso, ampliamente examinado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio de sus competencias consultiva y contenciosa. En rigor, el debido proceso es el medio consecuente con el más avanzado concepto de los derechos humanos para asegurar la efectiva realización de esos derechos: un método o factor para la eficacia del derecho en su conjunto y de los derechos subjetivos en casos concretos. El debido proceso, concepto dinámico guiado y desarrollado bajo un modelo garantista que sirve a los intereses y derechos individuales y

sociales, así como al supremo interés de la justicia, constituye un principio rector para la debida solución de los litigios y un derecho primordial de todas las personas. Se aplica a la solución de controversias de cualquier naturaleza —entre ellas, obviamente, las laborales— y a las peticiones y reclamaciones que se plantean ante cualesquiera autoridades: judiciales o administrativas.

38. El debido proceso, en los extremos que interesan para el objeto de la *OC-18/2003*, entraña, por una parte, la mayor igualdad —equilibrio, “igualdad de armas”— entre los litigantes, particularmente importante cuando en un extremo de la contienda se halla el vulnerable trabajador migrante y en el otro el empleador dotado de derechos suficientes y eficientes, una igualdad que sólo se consigue —en la mayoría de los casos, que reflejan la verdadera dimensión del problema colectivo— cuando el poder público incorpora, a través de leyes y criterios de interpretación y aplicación, los elementos de compensación o corrección a los que antes me referí; y por otra parte, el cumplimiento claro y fluido del deber que tiene el Estado de brindar el servicio de justicia, sin distinción y mucho menos discriminación, que entrañaría, de entrada, la derrota del justiciable débil.

39. Estas precisiones por parte de la *OC-18/2003* tienen especial relevancia. Efectivamente, los trabajadores indocumentados suelen enfrentar problemas severos de acceso efectivo a la justicia. Estos problemas no sólo derivan de factores culturales y de carencia de recursos o conocimientos adecuados para invocar la protección de las autoridades competentes para brindarla, sino de la existencia de normas o prácticas que obstruyen o enrarecen la prestación jurisdiccional del Estado. Esto sucede cuando la solicitud de justicia puede desembocar en represalias contra los solicitantes por parte de autoridades o particulares, medidas de coerción o aseguramiento, amenazas de deportación o privación de libertad y otras similares, que lamentablemente no son ajenas a la más frecuente experiencia de los migrantes indocu-

mentados. De esta suerte, el ejercicio de un derecho humano primordial —acceso a la justicia— culmina en la privación de múltiples derechos. Conviene puntualizar que incluso en el caso de que se apliquen medidas de coerción o sanciones basadas en disposiciones migratorias —así, la deportación o la expulsión—, el afectado conserva íntegramente los derechos que le corresponden en función del trabajo realizado, cuya fuente es ajena al problema migratorio y se localiza únicamente en la prestación laboral.

40. La *Opinión Consultiva* a la que concurro con este *Voto razonado* aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas —que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas— conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos. Entre esas políticas figuran las relativas a los procesos poblacionales, que incluyen las cuestiones migratorias, además de las concernientes al manejo de la economía, el empleo de la mano de obra, el fomento de ciertas actividades productivas, la protección de sectores específicos de la agricultura, la industria, el comercio y los servicios, etcétera.

41. Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constitu-

ye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna, generados por los grandes movimientos insurgentes y revolucionarios de Estados Unidos y Francia en el último tercio del siglo XVIII. Si este es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.

42. Sobre estas bases, la *Opinión Consultiva OC-18/2003* remite a varios acuerdos —que se sustentan, hay que creerlo, en convicciones profundas— de la comunidad internacional a propósito de las políticas migratorias, tema de la consulta planteada por los Estados Unidos Mexicanos. En este sentido figuran la “*Declaración*” y el “*Programa de Acción*” emanados de la Conferencia de Durban, y la *Resolución* sobre estos mismos temas de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Res. 2001/5), textos mencionados por la Corte Interamericana en la presente *Opinión Consultiva*. En el documento citado en primer término se puntualizó el derecho de los Estados a adoptar sus propias políticas de migración, e igualmente se afirmó “que esas políticas deben ser congruentes con los instrumentos, normas y principios de derechos humanos”.⁷

7. *Declaración*, párr. 47.

43. Sería ilusorio creer que la opinión de un órgano jurisdiccional —apoyado, sin embargo, en las convicciones y las decisiones de Estados que representan, en este Continente, a centenares de millones de personas— y las corrientes de progreso con justicia que animan a muchos hombres y mujeres de buena voluntad podrían invertir, en el corto plazo, tendencias antiguas que tienen su raíz en hondos prejuicios y cuantiosos intereses. Sin embargo, estas fuerzas, concertadas, pueden hacer su parte en el esfuerzo humano por mover montañas. Recorrerlo y culminarlo exige adoptar —como se dijo en Durban— estrategias, políticas, programas y medidas que competen a la “responsabilidad de to-

8. *Declaración*, párr. 122.

dos los Estados, con la plena participación de la sociedad civil a nivel nacional, regional e internacional”.⁸ En esta empresa, la *OC-18/2003* cumple su propia misión. Lo hace, como corresponde a este tribunal, desde la perspectiva que le compete: jurídica, a partir de los principios germinales y radicales del sistema internacional de los derechos humanos.

SEGUNDA
PARTE

CASOS CONTENCIOSOS

“Autoamnistía”*

Caso Castillo Páez (Perú).

Sentencia de reparaciones: 27 de noviembre de 1998

El 21 de octubre de 1990 ocurrió la detención ilegal de Ernesto Rafael Castillo Páez, estudiante universitario de 22 años de edad, seguida de tratos crueles, inhumanos y degradantes, desaparición forzada y muerte de la víctima, a manos de integrantes de la Policía Nacional, en Lima, Perú, a raíz de un atentado del grupo “Sendero Luminoso” en la zona del Monumento a la Mujer en el Distrito de Villa El Salvador, de dicha ciudad. En sentencia de fondo del 3 de noviembre de 1997, la Corte estableció la existencia de violaciones a los artículos 7 (Derecho a la Libertad Personal), 5 (Derecho a la Integridad Personal) y 4 (Derecho a la Vida) del señor Castillo Páez, así como 25 (Protección Judicial), en agravio de aquél y de sus familiares, violaciones consideradas, asimismo, en relación con el artículo 1.1. Decidió, asimismo, que el Estado debía reparar las consecuencias de las violaciones e indemnizar a los familiares de la víctima. En la sentencia de reparaciones, del 27 de noviembre de 1998, que es la resolución a la que se acompaña el Voto particular transcrito en seguida, el Tribunal ordenó la investigación de los hechos y sanción a sus autores, así como el pago de indemnizaciones a los familiares de la víctima.

* Examiné el mismo tema en mis Votos particulares correspondientes a los Casos Loayza Tamayo y Barrios Altos.

VOTO

1. En la sentencia de fondo dictada en el caso Castillo Páez, que se invoca en esta resolución de reparaciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que el Estado peruano “está obligado a investigar los hechos que [...] produjeron” las violaciones, y que el derecho de los familiares a conocer el destino de la víctima y a saber dónde se encuentran sus restos subsiste “inclusive en el supuesto de que dificultades del orden interno impidiesen identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”.

Asimismo, la Corte sostuvo entonces que “a ese deber de investigar se suma el de prevenir la posible comisión de desapariciones forzadas y de sancionar a los responsables de las mismas”. La sentencia señaló igualmente: “Tales obligaciones a cargo del Perú se mantendrán hasta su total cumplimiento”.¹

2. En la presente sentencia de reparaciones la Corte estimó “precedente, como medida de reparación en favor de los familiares de la víctima, la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de los hechos que motivaron la demanda” (párr. 70). Igualmente, retomó lo expresado en la sentencia de fondo y precisó que “entre las dificultades del orden interno [que] impid[en] identificar a los individuos responsables por los delitos de esta naturaleza”, se encuentra la Ley de amnistía expedida por el Perú (Ley 26.479), “debido a que esa ley obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a los familiares de la víctima conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente” (párr. 105). Al adoptar esta resolución, la Corte analizó el alegato del Estado peruano acerca de las leyes de amnistía expedidas en ese país con respecto a las personas que participaron en la lucha contra el terrorismo.

En la misma resolución de reparaciones, tras haber examinado la aplicabilidad, en este punto, de los artículos 1.1 y 25 de la

1. Caso Castillo Páez, Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34, párr. 90.

Convención, la Corte reiteró que “el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos y procesar a los responsables y evitar la impunidad” (párr. 107), que este Tribunal ha definido anteriormente como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, situación que debe ser combatida por el Estado con todos los medios legales disponibles.²

Por todo ello, la Corte resolvió, con el voto unánime de sus integrantes, que el Estado debe investigar los hechos y sancionar a quienes sean responsables de ellos (punto resolutivo 2).

2. Caso Paniagua Morales y otros, Sentencia de 8 de marzo de 1998. Serie C No. 37, párr. 133.

3. La obligación de investigar los hechos violatorios de derechos humanos y sancionar a los responsables de ellos deriva de la Convención Americana, que también establece el deber del Estado de no dictar normas o adoptar medidas que pudieran contravenir los términos del propio tratado internacional, que el Perú suscribió y ratificó en ejercicio de su soberanía, obligándose así a observar sus disposiciones, como lo han hecho los restantes Estados Parte en la Convención.

4. El propósito de este voto concurrente no es repetir lo que ya ha establecido la Corte ni examinar y calificar los ordenamientos específicos del Perú, sino analizar en términos generales —y siempre dentro del marco de la sentencia sobre reparaciones— el alcance que pudiera tener ésta en el aspecto que aquí se menciona, así como las ideas y preocupaciones que pudieron informarla, en concepto de quien suscribe el voto concurrente.

5. La Corte se ha pronunciado anteriormente, en el ejercicio de sus atribuciones consultivas, sobre ordenamientos que pudieran entrar en conflicto con las disposiciones de la Convención, tomando en cuenta que es deber de los Estados Parte, conforme a los artículos 1 y 2 de la propia Convención, respetar los derechos y libertades contenidos en ese instrumento internacional, garantizar

3. Cfr. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 26; y Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos], Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párrs. 32, 33, 50 y 58.1.

4. Cfr. OC-14/94, cit., párr. 34.

su libre y pleno ejercicio y adoptar las medidas necesarias para hacerlos efectivos. Asimismo, es deber de dichos Estados abstenerse de adoptar medidas que contradigan el objeto y fin de la Convención³ Estas consideraciones se refieren, desde luego, al ámbito del Derecho internacional, no a los efectos de la norma local en el orden interno del Estado interesado.⁴

6. Sobre este asunto, considero que la decisión de la Corte no implica, en modo alguno, el desconocimiento de la conveniencia y necesidad de dictar normas de amnistía que contribuyan al restablecimiento de la paz, en condiciones de libertad y justicia, al cabo de conflictos internos que se pretende resolver con medidas de esta naturaleza, entre otras. Por el contrario, es plausible que se lleve adelante un esfuerzo de este género, encauzado por los principios aplicables del Derecho internacional y nacional, alentado por la participación de los sectores involucrados y asumido en el marco de las instituciones democráticas.

7. En la reciente doctrina sobre los derechos humanos, ha sido ampliamente examinado el tema de las leyes de amnistía, que por su propio carácter implican la impunidad de conductas realizadas antes de la expedición de aquéllas. Quienes han estudiado el tema, que cada día suscita mayor interés, tratan de armonizar las exigencias de la paz y la reconciliación con el deber de tutelar los derechos humanos y sancionar a quienes los vulneran, particularmente cuando se han cometido violaciones de extraordinaria gravedad —es decir, delitos de lesa humanidad, como genocidio, ejecución extrajudicial, tortura o desaparición forzada— amparadas en supuestas necesidades de lucha contra la subversión.

No se ignora que la amnistía implica el olvido y el silencio en relación con hechos que tienen, en principio, naturaleza delictiva. Pero se considera que este olvido y este silencio 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.

8. En este orden de cosas, conviene que la impunidad que traen consigo las normas sobre amnistía se limite en la mayor medida posible, a efecto de que aquéllas alcancen los objetivos que legítimamente pretenden, sin que ello menoscabe o soslaye el respeto a los derechos humanos, cuya violación no puede considerarse como un recurso legítimo en las contiendas internas. Las leyes de amnistía se hallan en el cruce, tan complejo y delicado, entre la lucha contra la impunidad y el propósito de promover la reconciliación nacional.⁵

En recientes estudios sobre la materia se sostiene que el Derecho internacional reprueba la exoneración penal con respecto a graves violaciones a los derechos humanos.⁶

No sobra recordar que en la “Declaración y Programa de Acción de Viena”, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, el 25 de julio de 1993, se hizo notar que dicha Conferencia veía “con preocupación la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de derechos humanos”, y por ello alentó los trabajos de la Comisión de Derechos Humanos y la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías “por examinar todos los aspectos de la cuestión”,⁷ entre los que figura el análisis de las diversas modalidades o categorías que es posible establecer en el conjunto de las leyes sobre amnistía expedidas en años recientes.

9. Con frecuencia se presenta a las leyes de amnistía, genéricamente, como medidas conducentes al restablecimiento de la paz o de transición hacia ella. Contribuye al esclarecimiento de esta cuestión el deslinde que se puede y se debe hacer entre las disposiciones de amnistía, tomando en cuenta diversos factores relevantes: circunstancias en que se dictan, forma de adoptarlas y eficacia que revisten. En este sentido, cabe distinguir entre las llamadas “autoamnistías”, expedidas en favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos, y las amnistías que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miem-

5. Cfr. *Progress report on the question of the impunity of perpetrators of human rights violations*, prepared by Mr. Guissé and Mr. Joinet, pursuant to Sub-Commission resolution 1992/23. E/CN.4/Sub.2/1993/6, párr. 1.

6. Cfr. Ambos, Kai, *Impunidad y Derecho penal internacional*. Trad. Marcela Anzola Gil. Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, Colombia, 1997, p. 284.

7. Declaración y programa de acción de Viena.

bros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados. Las normas de la primera categoría han sido severamente cuestionadas.⁸

8. Cfr., por ejemplo, Norris, Robert E., "Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas. Una respuesta legal", en Revista IIDH, no. 15, enero-junio 1992, esp. pp. 109 y ss.

10. En los principios propuestos en el anexo al *Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos)*, que preparó el Sr. Louis Joinet, por encargo de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se advierte lo siguiente: "Incluso cuando tengan por finalidad crear condiciones propicias para alcanzar un acuerdo de paz o favorecer la reconciliación nacional, la amnistía y demás medidas de clemencia se aplicarán" dentro de ciertos límites, y entre éstos figura: "a) Los autores de delitos graves conforme al derecho internacional no podrán beneficiarse de esas medidas mientras el Estado no cumpla las obligaciones" que tiene en el sentido de "investigar las violaciones, adoptar medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia, para que sean procesados, juzgados y condenados a penas apropiadas(...)".⁹

9. E/CN/Sub.2/1997/20/Rev.1, anexo II, principios 18 y 25.

El propio Sr. Joinet advierte que los principios propuestos no constituyen "un obstáculo a la reconciliación nacional", sino se proponen "encauzar las consecuencias de ciertas políticas de reconciliación a fin de que, después de la primera etapa, más bien de 'conciliaciones' que de 'reconciliación', se puedan sentar los cimientos de una 'reconciliación fuerte y duradera'" (párr. 49).

11. Una reflexión notable sobre esta materia, que estimo útil mencionar ahora, se halla en la comunicación oficial 917-719 enviada por el entonces Presidente de la República de Chile, Sr. Patricio Aylwin, al Presidente de la Corte Suprema de ese país, el 4 de marzo de 1991, en la que se aborda la materia que aquí interesa. Sobre el particular, el Presidente Aylwin señaló: "Convencido de la importancia que para la comunidad nacional tiene el que se haga

justicia en estos casos (se refiere a graves violaciones de los derechos humanos), cumpliendo cada Poder del Estado las funciones propias de su competencia —que soy el primero en respetar— no dejaría tranquila mi conciencia si no hiciera presente al Excmo. Tribunal que, en mi concepto, la amnistía vigente, que el Gobierno respeta, no debe ni puede ser obstáculo para que se realice la investigación judicial y se determinen las responsabilidades que correspondan, especialmente en los casos de personas desaparecidas”.

Prosigue la carta: “Creo necesario al efecto recordar que el actual art. 5o. de la Constitución Política (de Chile) establece que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Entre éstos está el derecho a la justicia”.

12. En suma, he considerado pertinente señalar que, en mi concepto, el pronunciamiento de la Corte en el presente caso no pugna con los esfuerzos que se hagan para favorecer la paz interna y la reconciliación entre sectores de la comunidad nacional, aun cuando desde luego toma en cuenta las características que el Derecho internacional, la jurisprudencia y la doctrina recientes consideran indispensables para que ese propósito se obtenga en forma compatible con el respeto a los derechos humanos, causa común de los Estados Parte en la Convención Americana.

“Autoamnistía”

Caso Loayza Tamayo (Perú).

Sentencia de reparaciones: 27 de noviembre de 1998

María Elena Loayza Tamayo, profesora de la Universidad de San Martín de Porres, fue detenida ilegalmente por miembros de la División Nacional contra el Terrorismo en la ciudad de Lima, sometida a diversos maltratos y tortura, juzgada por un tribunal militar y sentenciada dos veces por los mismos hechos. En la sentencia de fondo, del 17 de septiembre de 1997, la Corte Interamericana declaró que hubo violación a los artículos 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a garantías judiciales) y 25 (Derecho a Protección Judicial), todos en relación con el artículo 1.1. de la Convención Americana, ordenó la libertad de la señora Loayza Tamayo y señaló que se debía cubrir indemnizaciones a la víctima y a sus familiares. En la sentencia sobre reparaciones, del 27 de noviembre de 1998, a la que se acompaña el Voto transcrito a continuación, el Tribunal dispuso que el Estado tomara las medidas necesarias para reincorporar a la víctima al servicio docente en instituciones públicas, asegurar su derecho a la jubilación, adoptar las medidas pertinentes para evitar efectos adversos derivados de resoluciones en contra de la señora Loayza, cubrir diversas indemnizaciones, proveer a la revisión de leyes penales incompatibles con la Convención Americana, investigar los hechos y sancionar a los autores de ellos y cubrir una cantidad bajo el rubro de honorarios y gastos.

VOTO

Por lo que respecta al deber del Estado de investigar y sancionar los hechos violatorios de derechos humanos de la señora Loayza Tamayo, reproduzco los términos de mi voto concurrente en la sentencia de reparaciones del caso Castillo Paéz, de esta misma fecha.

Allanamiento y calificación de hechos. “Autoamnistía”.

Acuerdo entre partes y reparaciones

Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre) (Perú). **Sentencia: 14 de marzo de 2001**

El 3 de noviembre de 1991, seis hombres armados, miembros de un grupo dependiente de la inteligencia militar y activos en la lucha anti-subversiva, irrumpieron en un inmueble ubicado en el vecindario conocido como Barrios Altos de la ciudad de Lima, en el que se realizaba una fiesta. Los individuos armados dispararon indiscriminadamente sobre los asistentes a la fiesta. En estas circunstancias murieron 15 personas.

El Estado formuló un allanamiento y admitió su responsabilidad internacional en este caso. En la sentencia de fondo, dictada el 14 de marzo de 2001, a la que se añade uno de los Votos particulares recogidos en esta publicación, la Corte aceptó el reconocimiento de responsabilidad internacional hecho por el Estado, declaró que éste había violado los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Interamericana, así como los artículos 1.1. y 2, por la emisión y aplicación de “leyes de autoamnistía”, manifestó que éstas “carecen de efectos jurídicos” y resolvió que el Estado debía investigar los hechos, sancionar a los responsables, divulgar el resultado de la investigación y reparar a las víctimas. Se previno que las reparaciones serían fijadas de común acuerdo entre el Estado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares y sus representantes.

VOTO

1. Coincido con la sentencia de fondo adoptada por unanimidad de votos de los integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrios Altos. Agrego este *Voto Concurrente* en el que recojo algunas consideraciones que me sugiere esa sentencia con respecto a los siguientes puntos: a) características del allanamiento y calificación jurídica de los hechos examinados en el presente caso; y b) oposición entre las leyes de autoamnistía a las que se refiere la sentencia y las obligaciones generales del Estado conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1.1 y 2), así como consecuencias jurídicas de dicha oposición.

2. El Estado se allanó a las pretensiones del demandante, que en la especie es la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Este allanamiento ocurrió bajo la fórmula de reconocimiento de la responsabilidad internacional, en los términos del escrito de 15 de febrero de 2001. Así, quedó sin materia el litigio originalmente planteado. En otros términos, cesó la controversia principal expuesta en el escrito de demanda de la Comisión, sin perjuicio de que pudiera plantearse alguna cuestión contenciosa a propósito de las reparaciones. En tal virtud, el Tribunal debe analizar las características y el alcance de su actividad jurisdiccional en el presente caso, que culmina en una sentencia de fondo.

3. El allanamiento, figura procesal prevista en el Reglamento de la Corte Interamericana, es un medio bien conocido de proveer a la composición del litigio. Por este medio, que implica un acto unilateral de voluntad, de carácter dispositivo, la parte demandada acepta las pretensiones de la actora y asume las obligaciones inherentes a dicha admisión. Ahora bien, este acto sólo se refiere a aquello que puede ser aceptado por el demandado, por hallarse en su ámbito natural de decisión y aceptación: los hechos invocados

en la demanda, de los que deriva la responsabilidad del demandado. En la especie, se trata de hechos violatorios de un instrumento vinculante de carácter internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que deriva una responsabilidad asimismo internacional, cuya apreciación y declaración incumben a la Corte. En esos hechos se sustentan cierta calificación jurídica y determinadas consecuencias de la misma naturaleza.

4. En los términos de las normas aplicables al enjuiciamiento internacional sobre violaciones a derechos humanos, el allanamiento no trae consigo, de manera necesaria, la conclusión del procedimiento y el cierre del caso, ni determina, por sí mismo, el contenido de la resolución final de la Corte. En efecto, hay supuestos en que ésta puede ordenar que prosiga el juicio sobre el tema principal —la violación de derechos—, no obstante que el demandado se allanó a las pretensiones del actor, cuando así lo motiven “las responsabilidades que (...) incumben (a la Corte) de proteger los derechos humanos” (artículo 54 del vigente Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 16 de septiembre de 1996). Por ello, la Corte puede disponer que continúe el juicio si esta prosecución es conveniente desde la perspectiva de la tutela judicial internacional de los derechos humanos. A este respecto, la valoración compete única y exclusivamente al Tribunal.

5. Aquellas “responsabilidades” de protección de derechos humanos pueden actualizarse en diversas hipótesis. Pudiera ocurrir que la versión de los hechos suministrada por el actor y admitida por el demandado resulte inaceptable para la Corte, que no está vinculada —como regularmente lo estaría un tribunal nacional que conozca de contiendas de Derecho privado— por la presentación de los hechos formulada y/o aceptada por las partes. En este ámbito prevalecen los principios de verdad material y tutela efectiva de los derechos subjetivos como medio para la observancia real del Derecho objetivo, indispensable cuando se trata de

derechos fundamentales, cuya puntual observancia no sólo interesa a sus titulares, sino también a la sociedad —la comunidad internacional— en su conjunto.

6. La Corte tampoco está vinculada por la calificación jurídica formulada y/o aceptada por las partes acerca de los hechos, calificación que implica el análisis de éstos a la luz del Derecho aplicable al caso, que está constituido por las disposiciones de la Convención Americana. En otros términos, compete a la Corte, y sólo a ella, calificar la naturaleza de los hechos como violatorios —o no— de las disposiciones específicas de la Convención, y, en consecuencia, de los derechos reconocidos y tutelados en éstas. No basta con que exista un reconocimiento de hechos a través del allanamiento respectivo, para que el tribunal deba asignarles la calificación que les atribuye el actor y que admite o no refuta al demandado. La aplicación técnica del Derecho, con todo lo que ello implica, constituye una función natural del tribunal, expresión de su potestad jurisdiccional, que no puede ser excluida, condicionada o mediatizada por las partes.

7. Por lo tanto, corresponde al Tribunal examinar y resolver si ciertos hechos, admitidos por quien se allana —o bien, en otra hipótesis, probados en el curso regular de un procedimiento contencioso— entrañan la violación de determinado derecho previsto en un artículo de la Convención. Esta calificación, inherente al quehacer del Tribunal, escapa a las facultades dispositivas —unilaterales o bilaterales— de las partes, que elevan la contienda al conocimiento del Tribunal, pero no se sustituyen a éste. Expuesto de otra manera, la función de “decir el Derecho” —estableciendo la relación que existe entre el hecho examinado y la norma aplicable— corresponde únicamente al órgano jurisdiccional, esto es, a la Corte Interamericana.

8. La Comisión Interamericana señaló la posible violación del artículo 13 en el presente caso, porque al sustraerse el asunto de la competencia de las autoridades peruanas (en lo relativo a investi-

gación, persecución, enjuiciamiento y sanción) se impidió el conocimiento de la verdad. La Corte no ha rechazado la posibilidad de que se invoque el derecho a la verdad al amparo del artículo 13 de la Convención Americana, sino ha considerado que en las circunstancias del caso justiciable —similares a otros planteados anteriormente al Tribunal— el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho que tienen la víctima y/o sus familiares de obtener, por parte de los órganos competentes del Estado, el esclarecimiento de los hechos violatorios y la declaración de las responsabilidades correspondientes, conforme a los artículos 8 y 25 de la propia Convención. De ahí que no se haga declaración explícita en torno al artículo 13, invocado por la Comisión, sino sobre los artículos 8 y 25, que son los aplicables a los hechos sujetos al conocimiento de la Corte, conforme a la apreciación que ésta consideró procedente.

9. En cuanto a las leyes de amnistía números 26,479 y 26,492, a las que se hace referencia en este caso, estimo pertinente remitirme a lo que anteriormente expuse, con cierta amplitud, en mi *Voto Concurrente* a la sentencia de reparaciones dictada por la Corte Interamericana en el caso Castillo Páez.¹ En este *Voto Concurrente* amplió las consideraciones que figuran en la propia sentencia, de la que se desprende el criterio del Tribunal acerca de esos ordenamientos, criterio que es plenamente aplicable al presente caso.

10. En el citado *Voto Concurrente* me referí precisamente a la ley de amnistía no. 26,479, expedida por el Perú, correspondiente a la categoría de las llamadas “autoamnistías”, que son “expedidas a favor de quienes ejercen la autoridad y por éstos mismos”, y difieren de las amnistías “que resultan de un proceso de pacificación con sustento democrático y alcances razonables, que excluyen la persecución de conductas realizadas por miembros de los diversos grupos en contienda, pero dejan abierta la posibilidad de sancionar hechos gravísimos, que ninguno de aquéllos aprueba o reconoce como adecuados” (párr. 9).

1. Cfr. Corte I.D.H., Caso Castillo Páez. Reparaciones (artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 43, pp. 60 y ss.

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 repergnan a la conciencia de la humanidad”.²

2. 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). La Corte ha sostenido que el Estado no puede invocar “dificultades de orden interno” para sustraerse al deber de investigar los hechos con los que se contravino la Convención y sancionar a quienes resulten penalmente responsables de los mismos.

13. En la base de este razonamiento se halla la convicción, acogida en el Derecho internacional de los derechos humanos y en las más recientes expresiones del Derecho penal internacional, de que es inadmisibles la impunidad de las conductas que afectan más gravemente los principales bienes jurídicos sujetos a la tutela de ambas manifestaciones del Derecho internacional. La tipificación de esas conductas y el procesamiento y sanción de sus autores —así como de otros participantes— constituye una obligación de los Estados, que no puede eludirse a través de medidas tales como la amnistía, la prescripción, la admisión de causas excluyentes de incriminación y otras que pudieran llevar a los mismos resultados y determinar la impunidad de actos que ofenden gravemente esos bienes jurídicos primordiales. Es así que debe proveerse a la segura y eficaz sanción nacional e internacional de las ejecuciones ex-

trajudiciales, la desaparición forzada de personas, el genocidio, la tortura, determinados delitos de lesa humanidad y ciertas infracciones gravísimas del Derecho humanitario.

14. El sistema democrático reclama la intervención penal mínima del Estado, que lleva a la tipificación racional de conductas ilícitas, pero también requiere que determinadas conductas de suma gravedad sean invariablemente previstas en las normas punitivas, eficazmente investigadas y puntualmente sancionadas. Esta necesidad aparece como natural contrapartida del principio de mínima intervención penal. Aquélla y éste constituyen, precisamente, dos formas de traducir en el orden penal los requerimientos de la democracia y sostener la vigencia efectiva de este sistema.

15. En la sentencia de la Corte se advierte que las leyes de autoamnistía aludidas en el presente caso son incompatibles con la Convención Americana, que el Perú suscribió y ratificó, y que por eso mismo es fuente de deberes internacionales del Estado, contraídos en el ejercicio de la soberanía de éste. En mi concepto, dicha incompatibilidad trae consigo la invalidez de aquellos ordenamientos, en cuanto pugnan con los compromisos internacionales del Estado. Por ello, no pueden producir los efectos jurídicos inherentes a normas legales expedidas de manera regular y compatibles con las disposiciones internacionales y constitucionales que vinculan al Estado peruano. La incompatibilidad determina la invalidez del acto, y ésta implica que dicho acto no pueda producir efectos jurídicos.

16. En la sentencia se dispuso que el Estado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes acreditados fijen de común acuerdo las reparaciones correspondientes. La precisión de las reparaciones queda sujeta, pues, al acuerdo entre las partes —concepto que incluye a las víctimas, puesto que se trata de actos relativos a la etapa procesal de reparaciones, en la que aquéllas asumen la calidad de parte en el proceso—, que no

es concluyente por sí mismo, sino debe ser revisado y aprobado por la Corte. Existe aquí, pues, un primer límite a la dispositividad de las partes establecido en función de la equidad que debe prevalecer en los procedimientos tutelares de derechos humanos y que se proyecta, inclusive, sobre las soluciones amistosas ante la Comisión Interamericana.

17. Evidentemente, el mencionado acuerdo acerca de las reparaciones sólo se extiende a materias sujetas, por su naturaleza, a la disposición de las partes —con la salvedad ya señalada—, no así a los asuntos que están sustraídos a aquélla, en virtud de la importancia y trascendencia sociales que revisten. Esto implica otro límite a la dispositividad de las partes. Así, éstas pueden acordar las indemnizaciones, pero no pueden negociar ni resolver reparaciones de otro carácter, como la persecución penal de los responsables de las violaciones reconocidas —salvo que se trate de delitos cuya persecución se supedita a instancia privada, hipótesis infrecuente en este ámbito— o la modificación del marco legal aplicable, a fin de conformarlo a las estipulaciones de la Convención. Estas son obligaciones que subsisten a cargo del Estado, en los términos de la Convención y de la sentencia de la Corte, independientemente de la composición pactada entre las partes.

Acuerdo entre partes. Autoamnistía. Tratamiento fiscal. Interpretación por las partes

Caso Barrios Altos (Perú).

Sentencia de reparaciones: 30 de noviembre de 2001

El 30 de noviembre de 2001, la Corte dictó sentencia de reparaciones en el Caso Barrios Altos, en la que dispuso diversas reparaciones pecuniarias, prestación de servicios de salud y educativas y varias reparaciones no pecuniarias: aplicar la declaración de la Corte sobre ineficacia de las leyes 26479 y 26492, de amnistía; incorporar en la legislación nacional la figura penal de ejecución extrajudicial; ratificar la Convención Internacional sobre Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad; publicar la sentencia en distintos medios, incluir en la publicación del acuerdo de las partes en materia de reparaciones una solicitud a las víctimas de perdón por los daños causados y erigir un monumento recordatorio.

VOTO

1. ACUERDO ENTRE LAS PARTES

1. Al unir mi voto al de los colegas que aprobaron la sentencia sobre reparaciones en el *Caso Barrios Altos (Chumbipuma Aguirre y Otros vs. Perú)*, estimo pertinente formular en el presente *Voto concurrente* razonado algunas consideraciones y precisiones sobre

los fundamentos y el alcance que tiene, a mi juicio, esta resolución de la Corte.

1. Cfr. Corte IDH, *Sentencia del 17 de septiembre de 1997*. Serie C, Núm. 33.

2. Cfr. Corte IDH, *Sentencia del 3 de noviembre de 1997*, Serie C, Núm. 34.

3. Cfr. García Ramírez, “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *Estudios jurídicos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2000, pp. 438–440; asimismo, en *Jornadas J. M. Domínguez Escobar en homenaje a la memoria del R. P. Dr. Fernando Pérez-Llantada (S. J.): Los derechos humanos y la agenda del tercer milenio*, Caracas, 2000, pp. 601 y ss.; y Varios, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario. Noviembre de 1999*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001, pp. 129 y ss.

2. La sentencia que ahora se emite avanza en la solución de las diversas cuestiones que suscitó este caso relevante, cuya decisión de fondo tiene su raíz conceptual en las notables sentencias dictadas en los *Casos Loayza Tamayo*¹ y *Castillo Páez*,² que introdujeron novedades de gran trascendencia en la apreciación de lo que he denominado “deber de justicia penal” del Estado,³ contrariado por las leyes de “autoamnistía” en la forma que manifiestan esas resoluciones y que he abordado en mis *Votos concurrentes razonados* a dichas sentencias.

3. En el presente caso, la Corte tuvo a la vista un “Acuerdo” sobre reparaciones celebrado entre las partes materiales (el Estado y las víctimas o sus familiares), con intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, parte formal o solamente procesal. Es evidente que las reparaciones acordadas —al igual que las que pudieran ser dictadas por la Corte, en ausencia de acuerdo— se proyectan sobre los bienes jurídicos (materiales o inmateriales) de las víctimas, como lo es que la Comisión Interamericana tiene la atribución natural e indeclinable, que ejerce a través de diversos actos procesales, de cuidar la observancia de las normas tutelares de los derechos humanos, en beneficio del sistema mismo de protección de estos derechos, más allá —y sin perjuicio— de la satisfacción debida a los destinatarios directos de las medidas reparatorias (víctimas y, en su caso, derechohabientes de éstas).

4. El Acuerdo entre las partes, presentado extemporáneamente, constituye una fórmula autocompositiva bilateral sobre diversos extremos concernientes a las reparaciones en este caso. Se encuentra integrado y apoyado por actos sucesivos (primero, de las partes materiales, y en seguida, de la parte formal o solamente procesal), y resuelve la potencial controversia a propósito de las obligaciones y los derechos concernientes a la reparación, derivados de la

violación de derechos humanos. Por ende, desplaza —en principio— la necesidad de ejercer la jurisdicción contenciosa del tribunal, que en esta etapa tendría sentido condenatorio a prestaciones específicas, vinculadas a las declaraciones sobre violaciones de derechos, también específicas, que se recogen en la sentencia de fondo.

5. El hecho de que ese Acuerdo se hubiese presentado, como dije, extemporáneamente, no impide su eficacia en el presente caso. Cuando se integró a las actuaciones procesales, la Corte no había realizado todavía acto alguno que determinase la solución del punto. Por lo demás, la jurisprudencia de este Tribunal ha hecho notar que la formalidad de los actos procesales no debe prevalecer sobre la debida solución de fondo. Aquella concierne a la seguridad jurídica, ciertamente, pero ésta no se menoscaba si queda a salvo el equilibrio entre los legítimos intereses procesales y no se obstruye la oportunidad de defensa de las partes. Es claro, por último, que la voluntad de éstas ha quedado claramente expuesta y documentada en el Acuerdo al que me he referido, que posteriormente fue conocido y asumido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El orden en la expresión de voluntades no altera la naturaleza, admisibilidad y eficacia del acto compositivo. De ahí que proceda asumir éste y asignarle el valor que le corresponde.

6. Ahora bien, el desplazamiento de posibles decisiones condenatorias (*supra*, 4) no implica que la Corte se abstenga de toda consideración de fondo sobre el acuerdo entre los interesados y se limite a convalidarlo en sus términos. Es preciso que ejerza la facultad de homologación que le atribuye el artículo 56.2 del Reglamento del Tribunal, de 16 de septiembre de 1996 (que es el aplicable a este proceso), y que no se contrae a verificar puntos de procedimiento y legitimación, sino debe abarcar temas de fondo para que efectivamente resulte “justo”, concepto que en el Reglamento del 24 de noviembre de 2000 se ha sustituido por “conforme con la Convención”. Es así como se debe entender la

disposición de que el pacto entre partes tenga aquella característica, es decir, que sirva a una solución legítima, sin lesión ni abuso, reconociendo a cada quien lo que en efecto le corresponde, o en otros términos, que se pliegue al objeto y fin de la Convención, que giran en torno al respeto a los derechos humanos y rechazan, por ende, cualquier indebido menoscabo de los derechos de las víctimas, sus familiares o sus derechohabientes.

7. La legitimidad convencional del acuerdo en lo que respecta a las características de las prestaciones contempladas, constituye el dato sustantivo de aquél (como de la propia sentencia), y responde a la misma idea que preside la promoción y aprobación de otras soluciones autocompositivas en el curso del procedimiento desarrollado ante el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: así, la solución amistosa de la controversia. No se trata de lograr “cualquier” acuerdo o “cualquier” solución, sino precisamente un acuerdo o una solución justos, legítimos, satisfactorios desde la perspectiva de los derechos humanos que se pretende preservar. Nada de esto ocurriría, desde luego, si la autocomposición se viera urgida y condicionada por la debilidad, la necesidad o la ignorancia de la víctima. En este sentido es relevante la tarea de la Comisión Interamericana, y en la misma dirección se despliega la competencia homologadora del Tribunal.

8. Como es lógico, el principio de conciliación que rige en el procedimiento internacional por violación de derechos humanos opera cuando es razonable conciliar a los contendientes, no así cuando resulta improcedente o inviable ese método alternativo de la solución contenciosa, tomando en cuenta las características del asunto. Además, es preciso tener en cuenta la naturaleza de las prestaciones (en las que se recogen los deberes estatales de reparación), al igual que las fuentes de éstas y sus manifestaciones o expresiones naturales, para precisar en qué casos nos hallamos ante la posibilidad —y la conveniencia— de pactar reparaciones, y

en qué hipótesis se hallan sustraídas a un acuerdo entre las partes, que supone facultades dispositivas de éstas para resolver con cierta libertad lo que mejor convenga a sus intereses.

9. Ciertamente, todas las medidas reparatorias tienen su fuente en las normas generales y objetivas (que existen independientemente y por encima de la decisión de los participantes en un caso concreto: sujetos del litigio y del proceso), de carácter nacional e internacional, aplicables al tema de los derechos humanos. Es decir, todas las medidas de aquel carácter se sustentan en las disposiciones domésticas o en los preceptos convencionales que fundan el deber de respetar los derechos de las personas y la obligación de reparar cuando se infringe ese deber. Sin perjuicio de esto, es posible y necesario distinguir: a) las hipótesis en que las partes pueden resolver sobre el contenido y la ejecución de reparaciones concretas, a través de un acto dispositivo posterior a la norma general y objetiva, acto al que esta misma reconoce eficacia; y b) los supuestos en los que esa resolución entre partes se halla necesariamente excluida, en atención a la naturaleza no disponible de las reparaciones pertinentes, que operan por el simple imperativo de la norma general.

10. El acuerdo entre partes, homologable por la Corte, sólo es admisible y puede tener eficacia cuando es legítimo —en el sentido que indiqué *supra*, párrs. 5 y 6— y aborda la segunda categoría de asuntos mencionados en el párrafo anterior, que suelen tener carácter y contenido patrimonial y traducirse en prestaciones específicas de esta índole. Por ello, en principio es atendible —y puede ser vinculante— el acuerdo en torno a indemnizaciones relativas a daño material y moral, costas y gastos procesales. En este sentido, la sentencia a la que agregó el presente Voto concurrente razonado entiende que el acuerdo entre partes, correspondiente a puntos de esta naturaleza, resulta admisible y puede ser homologado, con lo que adquiere la firmeza de una sentencia y trae consigo los efectos inherentes a ésta.

11. En cambio, otras medidas de reparación se hallan fuera del ámbito de disposición entre partes; son inherentes a determinadas funciones irrenunciables e intransigibles del Estado, que se ejercen en los términos de las atribuciones, deberes o cargas de éste. Existe la posibilidad de aportar —a través de expresiones unilaterales de voluntad, correspondidas por admisiones de la misma naturaleza— formas o modalidades prácticas y convenientes para el cumplimiento de tales obligaciones, pero ninguna de aquéllas podría modificar, relevar, disminuir o suprimir los deberes que el orden jurídico asigna al poder público de manera natural e inalterable.

12. Así las cosas, no es la voluntad de las partes, sino la voluntad de la ley, lo que determina que exista a cargo del Estado: a) un “deber de justicia penal” (investigar los hechos violatorios, procesar a los responsables, emitir las respectivas sentencias de condena y ejecutar las penas que éstas prevengan); o b) una obligación de adoptar medidas legislativas o convencionales (así, la celebración o la ratificación de un tratado internacional) cuya procedencia se desprende de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 2); o c) la decisión de abstenerse de incurrir en violaciones a los derechos humanos (conducta que es inherente al Estado de Derecho y que se halla prevista en el más alto nivel del ordenamiento jurídico nacional e internacional). Por lo demás, algunas de estas medidas se hallan previstas en la Sentencia de fondo dictada en el presente caso el 14 de marzo de 2001.

13. Las expresiones de las partes a propósito de estas cuestiones, reunidas en un “Acuerdo”, no crean ni modifican, y mucho menos extinguen, deberes y derechos; simplemente reiteran su existencia, o bien, la “conciencia de su existencia”, y en todo caso favorecen la buena y expedita solución de los conflictos. Esta es su función —que no es deleznable, por supuesto—, no así la de constituir un auténtico acto autocompositivo que defina o redefina situaciones y relaciones jurídicas ya definidas por normas de alcance general.

14. Hay supuestos en los que pueden concurrir deberes estrictos del Estado, no sujetos a acuerdos entre partes (aunque pudieran verse encauzados por entendimientos de procedimiento), con nuevos deberes asumidos por aquél a través de un entendimiento consensual con las víctimas. Es así que el Estado tiene deberes educativos o de atención a la salud de todos los individuos, inclusive —por supuesto— las víctimas de violación a derechos humanos. Estos deberes constituyen el mínimo de las obligaciones públicas del Estado, no se hallan sujetos a pactos y deben ser observados puntualmente en todos los casos. Ahora bien, es posible que en un caso concreto se resuelva otorgar a las víctimas ciertas prestaciones de la misma naturaleza prevista para la universalidad de los ciudadanos (educativas o sanitarias, *verbi gratia*), en forma, términos o intensidad superiores a los ordinarios, que son, al mismo tiempo, obligatorios. Esta nueva circunstancia, que implica un *plus* con respecto a las prestaciones generales e inmodificables, hallaría su fundamento inmediato en el acuerdo entre las partes.

2. TRATAMIENTO FISCAL

15. Entre los puntos contemplados por el Acuerdo y la Sentencia de reparaciones a la que corresponde mi *Voto*, y que han sido objeto de resolución en diversos casos sujetos al conocimiento de la Corte, figura el relativo a la exclusión de tributos, creados o por crearse, que graven las indemnizaciones previstas. Esta exclusión pudiera abarcar —aunque no ocurre en el asunto sujeto a juicio— prestaciones en numerario o en especie. En realidad, lo que interesa es que se respete el monto de éstas, conforme a lo dispuesto por el Tribunal, y queden a salvo de gravámenes que pudieran traer consigo reducciones de la indemnización respectiva. Para este efecto, es decir, para preservar la cuantía de las prestaciones, no siempre resultará necesario excluirlas del sistema fiscal ordinario, solución que pudiera ser, en casos concretos, inequitativa o inconsecuente con el principio de igualdad ante la ley. El resultado necesario —la integridad de la indemnización—

puede alcanzarse por medios diferentes de la exención tributaria, que se hallan al alcance del Estado.

16. Si bien es cierto que las partes acordaron que el Estado iniciaría las gestiones pertinentes para incluir el monto de las indemnizaciones en el Presupuesto General de la República del año fiscal 2002, también lo es que la satisfacción de los derechos de las víctimas, acreditados por la Corte Interamericana, no podría quedar sujeta a la suerte que corran estos trámites. De ahí que el Tribunal se limite a establecer la obligación indemnizatoria y queden en manos del Estado la vía y la forma adecuadas para cumplirla dentro del plazo señalado.

3. AUTOAMNISTÍA

17. El Acuerdo previene que el Estado se someterá a lo que disponga la Corte respecto a la demanda de interpretación interpuesta por la Comisión Interamericana a propósito de la ineficacia de las Leyes Nos. 26479 y 26492, en la que se plantea de nueva cuenta el problema de las leyes de “autoamnistía” frente al deber de justicia penal del Estado, que suscitó diversos pronunciamientos de la Corte.⁴ En la especie se trata de precisar el alcance de las resoluciones adversas a estos ordenamientos. Cabe recordar que la Corte ya se ha pronunciado a este respecto en Sentencia de 3 de septiembre de 2001,⁵ en el sentido de que “dada la naturaleza de la violación constituida por (esas) leyes de amnistía (...) lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales” (resolutivo 2). Por otra parte, el efecto que esa interpretación tiene para el Estado no deriva del Acuerdo, sino de la naturaleza misma de las obligaciones de aquél en el cumplimiento de sus compromisos internacionales.

4. CLÁUSULA DE INTERPRETACIÓN POR LAS PARTES

18. Asimismo, el Acuerdo contiene una cláusula de interpretación, en cuyos términos se atribuye a las partes, por convención

4. Cfr. García Ramírez, “Una controversia sobre la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios jurídicos*, cit., pp. 389 y ss.

5. Caso Barrios Altos. (Chumbipuma Aguirre y Otros vs. El Perú). Interpretación de la Sentencia de fondo (art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

-
- Acuerdo entre partes
 - Autoamnistía
 - Tratamiento fiscal
 - Interpretación por las partes
-

entre estas mismas, la facultad de interpretar conjuntamente las disposiciones del Acuerdo mediante diálogo directo, en la inteligencia de que si no es posible arribar a una solución satisfactoria de esta manera, cualquiera de aquéllas podrá solicitar a la Corte la interpretación correspondiente. Ahora bien, el Acuerdo ha quedado recogido en la resolución de la Corte a la que se refiere este Voto concurrente, y por ello la eficacia vinculante con respecto a las partes no reside en el Acuerdo mismo, sino en la resolución del Tribunal que lo homologa. Por demás está decir que las facultades de interpretación de la Corte provienen de la Convención Americana (artículo 67), no de un pacto entre partes, que no podría suprimir esa facultad ni incorporar en ella modalidades extrañas al régimen previsto en la Convención y en las normas que derivan de ésta.

Competencia *ratione temporis*. Prescripción

Caso: Trujillo Oroza (Bolivia).**Sentencia: 26 de enero 2000**

El 23 de diciembre de 1971, José Carlos Trujillo Oroza, de 21 años de edad, estudiante de la Universidad Mayor de San Andrés, en La Paz, Bolivia, fue detenido sin orden judicial y trasladado a un recinto carcelario, donde fue sometido a tortura. Posteriormente desapareció. El 8 de enero de 1999 el Estado inició la investigación judicial de oficio.

El Estado admitió los hechos y reconoció su responsabilidad internacional. La Corte declaró que el Estado había violado diversos derechos reconocidos por la Convención Americana en los artículos 3 (Derecho a la personalidad jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), así como la garantía del ejercicio de los derechos (artículo 1.1).

VOTO

1. Concurro con mis colegas integrantes de la Corte en la suscripción de la *Sentencia sobre Reparaciones en el Caso Trujillo Oroza vs. Bolivia*. En mi concepto, el tribunal tiene competencia, como lo ha señalado, para conocer y resolver acerca de los hechos sobre los que versan la sentencia de fondo y esta sentencia de reparacio-

nes, así como para establecer las consecuencias jurídicas correspondientes, en los términos de las consideraciones que formulo en este *Voto concurrente*.

2. La expresión hechos abarca: a) conductas violatorias que se agotan o concluyen en el momento mismo en que se realizan la acción o la omisión respectivas; b) situaciones integradas por diversos actos que se suceden en el tiempo, con solución de continuidad entre uno y otro; y c) actividades ininterrumpidas que vulneran en forma persistente derechos consagrados por la Convención. Para ilustrar este concepto es pertinente invocar la clasificación de los delitos en orden a la conducta. Efectivamente, aquél comprende las tres categorías reconocidas en atención al momento en que se consuma el delito: a) instantáneo, b) continuado, y c) continuo o permanente.

3. Bolivia es parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos desde el 19 de julio de 1979 y reconoció la jurisdicción contenciosa de la Corte el 27 de julio de 1993 (párr. 1 de la *Sentencia sobre reparaciones*). Se entiende que estos actos, que producen las consecuencias jurídicas inherentes a su naturaleza, fueron realizados con observancia de las normas y procedimientos y con intervención de los órganos que el Derecho interno dispone para ello. A partir de aquellas fechas se producen los efectos jurídicos inherentes a la participación en la Convención y a la admisión de la jurisdicción para fines contenciosos, respectivamente, es decir, para el conocimiento de hechos violatorios de las disposiciones convencionales y la determinación de las consecuencias jurídicas de éstos. El Estado no estableció modalidad alguna en lo que respecta a la vigencia temporal del reconocimiento que hizo.

4. Es pertinente recordar que la Convención Americana no contiene disposiciones específicas acerca del inicio de su vigencia temporal con respecto a un Estado parte. Por ello procede tomar en cuenta lo que a este propósito previene el artículo 28 de la Con-

vención sobre el Derecho de los Tratados (Viena, 23 de mayo de 1969). Dicho precepto señala: “Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. En este último caso ha de tratarse, obviamente, de un “modo idóneo” para comprometer al Estado.

5. Asimismo, es preciso considerar que en los términos del artículo 62.3 de la Convención Americana la Corte posee competencia (es decir, capacidad procesal objetiva de ejercer su jurisdicción en asuntos contenciosos) para conocer de los casos relativos a interpretación y aplicación de ese tratado, “siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia...”. En otros términos, la competencia se tiene en general —y se ejerce en particular, por lo que atañe a asuntos específicos— cuando existe un reconocimiento de aquélla por el Estado llamado a juicio, y sólo se actualiza a partir de que hubo tal reconocimiento y en lo que concierne a los hechos posteriores a la vigencia de éste. No abarca, en cambio, los hechos que se presentaron antes de que entrara en vigor el reconocimiento.

6. En virtud de lo anterior, en el caso específico de Bolivia la Corte sólo puede conocer y resolver sobre hechos acontecidos después del 27 de julio de 1993, que es, como ya se dijo (párr. 3), la fecha en que el Estado reconoció la competencia de la Corte, previa adhesión —que se produjo en 1979— a la Convención Americana. Si la competencia del tribunal tiene esa frontera temporal, también la tiene su capacidad para atribuir consecuencias jurídicas, por concepto de reparación, a hechos violatorios de la Convención. Dichas consecuencias versarán precisamente sobre los hechos violatorios —expresión que incluye, como también quedó expresado (párr. 2), tanto actos como situaciones que transgreden

la Convención— a los que se extiende la competencia de la Corte, no así sobre las consecuencias de los que no se encuentran abarcados por ésta, aunque revistan la misma naturaleza de los que se hallan sujetos a esa competencia.

7. Es deber de la Corte apreciar su propia competencia en los casos que se le someten, como tema de especial pronunciamiento. Esta consideración corresponde a un principio de seguridad jurídica y en ella encuentra sustento —lógico y jurídico— el desempeño jurisdiccional. Para tal fin debe atenerse a las normas aplicables a esta materia, independientemente de las alegaciones de las partes o de las omisiones o el silencio en que éstas incurran, de ser el caso. Dicho de otra manera, se trata de una cuestión que el tribunal debe examinar por sí mismo y resolver —favorablemente— antes de conocer y sentenciar en un litigio. Cada acto de éste deberá inscribirse en el marco de la competencia del tribunal, que así se proyecta sobre el conjunto del procedimiento y sobre todas y cada una de las determinaciones emanadas de él.

8. En el presente caso se ha juzgado acerca de la violación del derecho a la libertad del señor José Carlos Trujillo Oroza, entre otras violaciones. La correspondiente privación de la libertad se inició el 2 de febrero de 1972 y se prolongó ininterrumpidamente a partir de entonces. El inicio de la conducta ilícita se localiza, pues, tiempo antes de que Bolivia se adhiriese a la Convención Americana y reconociera la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana (*supra*, 2), y mucho antes de que el mismo Estado fuese parte —como ocurrió a partir de 1999— en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

9. En el curso de la etapa de fondo de este procedimiento jurisdiccional internacional, el Estado “reconoció los hechos expuestos por la Comisión en la sección III de su demanda, los cuales se encuentran resumidos en el párrafo 2 de la presente sentencia. De la misma manera, el Estado reconoció su responsabilidad interna-

cional en el presente caso y aceptó las consecuencias jurídicas que derivan de los hechos mencionados” (*Sentencia de fondo*, párr. 36). Este reconocimiento explícito, que se traduce en un allanamiento, comprende los hechos aducidos en la demanda; por este medio, el Estado admite la existencia de conductas violatorias de la Convención, que entrañan responsabilidad y generan las consecuencias que la propia Convención establece. Dicho reconocimiento no entraña, por otra parte, ningún acto jurídico que vaya más allá del reconocimiento de los hechos, ni significa por sí mismo una modificación de los términos generales en que el Estado se adhirió a la Convención o aceptó la jurisdicción de la Corte Interamericana.

10. En el supuesto del que ahora conoce la Corte, la violación del derecho a la libertad se realiza por medio de un hecho (una actividad, *supra* 2, c) que se prolonga sin interrupción y corresponde, penalmente, a la categoría del delito continuo o permanente (*supra*, párr. 2). La violación subsiste, también ininterrumpidamente, mientras dura la privación de libertad.

11. Por lo que toca a los efectos de este hecho a propósito de la perseguibilidad del delito cometido, comparto la apreciación del Tribunal Constitucional de Bolivia, en sentencia No. 1190/01–R del 12 de noviembre de 2001, que se cita en la sentencia de reparaciones (párr. 107). Dicho Tribunal nacional se refiere a la privación ilegal de libertad que la sentencia de fondo de la Corte Interamericana contempla como violación del derecho a la libertad, y resuelve —con toda razón— que no ha operado la prescripción en lo que toca a la perseguibilidad de tal conducta típica, porque en el supuesto de delito permanente el cómputo del plazo correspondiente a aquélla sólo puede comenzar el día en que cesa la ejecución del ilícito.

12. No sobra decir que las características de la privación de libertad de la que fue víctima el señor Trujillo Oroza corresponden a la desaparición forzada, que pudiera ser concebida, en esencia,

como una figura complementada y calificada con respecto al tipo penal básico de privación de libertad. Empero, la Corte ha examinado este asunto bajo el título jurídico de violación del derecho a la libertad, no como desaparición forzada, tomando en cuenta que no existía en Bolivia tipo penal sobre desaparición, ni existía vinculación del Estado, como ahora la hay, a un instrumento internacional específico en esta materia.

13. Por lo expuesto en los párrafos precedentes, estimo que la Corte Interamericana puede y debe resolver sobre las reparaciones derivadas de los hechos considerados en el allanamiento del Estado y correspondientes a los preceptos mencionados en el punto resolutivo–declarativo 2 de la sentencia de fondo. Esto significa, entre otras cosas: a) que la Corte puede —y debe— disponer que el Estado investigue, enjuicie y sancione a los responsables de la privación ilegal de la libertad del señor José Carlos Trujillo Oroza, privación que corresponde conceptualmente —como ya señalé— a una desaparición forzada; y b) que los deslindes establecidos en los párrafos 3 a 8 de este *Voto concurrente* deben proyectarse en la decisión que la Corte adopte con respecto a diversas medidas de reparación.

14. En la presente sentencia, la Corte ha establecido diversas indemnizaciones bajo los rubros de reparación de daños materiales e inmateriales. Los montos de esas indemnizaciones fueron apreciados y adoptados conforme a la equidad. Los estimo adecuados, precisamente a la luz de la equidad. Por ello he concurrido con mi voto a la aprobación de las cantidades mencionadas en los puntos resolutivos de la sentencia, sin perjuicio de la opinión que expreso en este *Voto* acerca del ámbito de competencia temporal de la Corte, definido por la vinculación de Bolivia a la Convención Americana, en virtud de la adhesión respectiva, y a la jurisdicción contenciosa de la Corte, por obra de la declaración correspondiente.

Competencia *ratione materiae*

Caso Las Palmeras (Colombia).

Sentencia de excepciones preliminares: 4 de febrero de 2000

La demanda fue sometida a la Corte el 6 de julio de 1998. En ella se solicitó declarar que el Estado (Colombia) había violado el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Derecho a la Vida), y el artículo 3 común de las Convenciones de Ginebra. El Estado opuso diversas excepciones, entre ellas las correspondientes a incompetencia de la Comisión y de la Corte para conocer de violaciones al Derecho internacional humanitario.

VOTO

1. Concurro con la mayoría de los integrantes de esta Corte en la argumentación y resolución sobre las excepciones preliminares correspondientes al Caso Las Palmeras (sentencia del 4 de febrero de 2000). Sin embargo, considero conveniente ampliar los razonamientos relativos a la segunda excepción preliminar opuesta por el Estado (falta de competencia de la Comisión, párrs. 16, segunda, y 34, y punto resolutivo 3), que la Corte admitió. Esta decisión es consecuente con la adoptada acerca de la tercera excepción (falta de competencia de la Corte, párrs. 28–33, y punto resolutivo 2), que se razona ampliamente en la sentencia.

2. En este Voto Concurrente recojo elementos de juicio específicos relativos a la tercera excepción, sin perjuicio de los datos comunes que sustentan la decisión tomada por la Corte con respecto a ambas excepciones.

3. Es posible discutir la naturaleza de los planteamientos formulados por el Estado a título de excepciones preliminares. En el examen de este punto es preciso tomar en cuenta que los medios de defensa caracterizados como excepciones preliminares sirven a los objetivos de impedir, detener o limitar el ejercicio de la jurisdicción. En cambio, las excepciones o defensas de naturaleza sustantiva atañen al fondo del asunto, pretenden desvirtuar la pretensión del actor y se proponen sustentar una sentencia desestimatoria.

4. En mi opinión —y con el mayor respeto a otros puntos de vista— las defensas procesales opuestas por el Estado revisten las características mencionadas en primer término, independientemente de su procedencia y de la posibilidad de que el problema que plantean pudiera ser abordado, en algún caso, desde otra perspectiva. En lo que respecta a la excepción sobre competencia de la Comisión, el propósito perseguido es detener un procedimiento que se inició, a juicio del Estado, fuera de las atribuciones del órgano respectivo. El hecho de que para este fin pudiera bastar con la excepción de incompetencia de la Corte, no priva de su naturaleza de excepción preliminar al argumento aducido en relación con la competencia de la Comisión. Así lo consideró la Corte, y procedió a resolver sobre ambas excepciones.

5. En la segunda excepción preliminar analizada en la sentencia, el Estado sostuvo —y la Corte aceptó— que la Comisión no tiene competencia para aplicar el Derecho internacional humanitario y otros tratados internacionales. Aquí se alude a la competencia en un sentido amplio, como sinónimo de atribución o facultad de una autoridad, no en un sentido estricto, como ámbito dentro del que se ejerce la jurisdicción; esto último sólo sería aplicable a

un órgano jurisdiccional, que es el caso de la Corte, no así de la Comisión.

6. Por lo anterior resulta pertinente examinar brevemente las atribuciones de la Comisión, en lo que concierne al presente caso. Este importante órgano del sistema interamericano tiene una función principal, de alcance genérico: “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” (artículo 41, párrafo inicial, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante “la Convención”).

7. Dentro de esa atribución genérica, la Comisión posee diversas facultades específicas, que constituyen otras tantas expresiones o vertientes de su “competencia”. Es útil distinguir entre: a) las funciones que la Comisión realiza para la observancia y defensa de los derechos humanos, *in genere*, que no desembocan en un procedimiento jurisdiccional contencioso mediante demanda ante la Corte Interamericana (artículo 41, incisos a, b, c, d y g, de la Convención); y b) la función que culmina en una demanda ante el tribunal interamericano (*idem*, inciso f). Cada una de esas funciones cuenta con naturaleza, regulación y efectos propios, en los términos de la Convención.

8. Por lo que toca a la atribución o “competencia” mencionada *sub b*), el inciso f del artículo 41 formula una remisión específica, a la que es preciso atenerse para establecer los supuestos, las características y las consecuencias jurídicas correspondientes: “actuar respecto de las peticiones y otras comunicaciones en ejercicio de su autoridad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 44 al 51 de esta Convención”.

9. Como se advierte, la competencia asignada a la Comisión por el inciso f del artículo 41 abarca los diversos actos que culminan en la presentación de una demanda ante la Corte para recabar de ésta una resolución jurisdiccional. Se refiere, por ende, a un ámbi-

to en el que se actualizan las atribuciones de la Comisión y de la Corte, en sus respectivos momentos.

10. El primer precepto invocado expresamente por el inciso f del artículo 41 contempla dos temas fundamentales, uno de carácter subjetivo (legitimación en el procedimiento) y otro de índole objetiva (competencia material): a) la legitimación para formular denuncias o quejas y poner en movimiento, de esta forma, el procedimiento que culminará en el despliegue de la competencia contenciosa de la Corte; y b) la materia de esas denuncias o quejas, que lo es también del respectivo procedimiento ante la Comisión y ante la Corte: conductas que constituyan “violación de esta Convención por un Estado parte”. La misma acotación existe, por cierto, en el artículo 45.1, que regula el supuesto de demanda de un Estado parte en contra de otro, con motivo de “violaciones de los derechos humanos establecidos en esta Convención”.

11. Idéntico señalamiento, en cuanto a la materia de la queja o denuncia, del procedimiento que ésta pone en movimiento y de la posible demanda que la Comisión formulará ante la Corte, aparece en diversos extremos del artículo 48.1: párrafo inicial, que se refiere a “una petición o comunicación en la que se alegue la violación de cualquiera de los derechos que consagra esta Convención”; e inciso f, que alude a la solución amistosa fundada en el respeto “a los derechos humanos reconocidos en esta Convención”.

12. En el ordenamiento total aplicable a la Comisión hay otras disposiciones relevantes para el asunto que ahora me ocupa, a saber: artículos 1 y 23.1 del Estatuto y 31, 41 b y 45.1 del Reglamento.

13. Es así que se promueve el ejercicio de la competencia contenciosa de la Corte. En los términos de la Convención, esta competencia se extiende sobre la interpretación o aplicación de la Convención Americana (artículo 62.1 y 3), que en la especie se concreta en los asuntos relativos a la “violación de un derecho o

libertad protegidos en esta Convención” (artículo 63.1). La Corte tiene así previsto, igualmente, el ámbito de su competencia material en cuestiones contenciosas.

14. Obviamente, las actividades preparatorias del procedimiento contencioso ante la Corte y la participación en este mismo, no agotan, en lo absoluto, las atribuciones de la Comisión y del Tribunal. Aquélla puede llevar a cabo, como en efecto lo ha hecho, otras actividades de suma relevancia para la promoción y la defensa de los derechos humanos, e incluso procurar la ampliación del régimen interamericano de tutela, lo cual se desprende, particularmente, de los últimos incisos del artículo 19 de su Estatuto. Por su parte, la competencia consultiva de la Corte abarca tanto la Convención Americana como “otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos” (artículo 64.1).

15. Planteada así la regla para la intervención de la Comisión y de la Corte en asuntos de los que ésta conocerá por la vía contenciosa, procede señalar que hay excepciones a este límite en la competencia material. Esas excepciones se localizan en otros instrumentos de nuestro sistema tutelar de derechos humanos.

16. Una excepción de ese carácter es la que figura en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, cuyo artículo 8, *in fine*, autoriza el acceso “a instancias internacionales cuya competencia haya sido aceptada por (el) Estado” al que se atribuye la violación de dicho tratado. La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este punto en los Casos *Paniagua Morales y Otros* (sentencia del 8 de marzo de 1998, párrs. 136 y punto resolutivo 3) y *Villagrán Morales y Otros* (sentencia del 19 de noviembre de 1999, párrs. 247–252 y punto resolutivo 7).

Reconocimiento de hechos y sentencia interna

Caso Las Palmeras (Colombia).

Sentencia de fondo: 6 de diciembre de 2001

El 23 de enero de 1991, el Comandante Departamental de la Policía de Putumayo ordenó a los miembros de la Policía Nacional llevar a cabo una operación armada en la localidad de Palmeras. En esa operación se privó de la vida a varias personas: Artemio Pantoja Ordóñez, Hernán Javier Cuarán Muchavisoy, Julio Milciades Cerón Gómez, William Hamilton Cerón Rojas, Edebraes Norberto Cerón Rojas y NN/Moisés o NN/Moisés Ojeda y Hernán Lizcano Jacanamejo. Los ejecutores intentaron ocultar las violaciones cometidas y presentaron a las víctimas como integrantes de grupos guerrilleros. Los procesos seguidos, de carácter disciplinario, administrativo y penal, no permitieron la debida investigación de los hechos y la sanción a sus autores.

La Corte declaró que el Estado violó los artículos 4 (Derecho a la Vida), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana, estos últimos en perjuicio de los familiares de las víctimas.

VOTO*

1. El Estado violó el derecho a la vida, reconocido por el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en agra-

* Voto razonado conjunto de los jueces Sergio García Ramírez, Hernán Salgado Pesantes y Alirio Abreu Burrelli.

vio de Julio Milciades Cerón Gómez, William Hamilton Cerón Rojas, Edebraes Norberto Cerón Rojas, Artemio Pantoja Ordóñez y Hernán Javier Cuarán Muchavisoy.

2. La violación provino de la conducta de agentes del Estado, debidamente probada.

3. Es pertinente emitir sentencia condenatoria en relación con esos hechos. La pertinencia de la condena es ampliamente compartida por quienes suscribimos este voto razonado.

4. La Convención Americana manifiesta que la protección internacional de los derechos humanos tiene “naturaleza coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Compete a estos, en primer término, pronunciarse sobre la ilicitud de los hechos, y sólo en el caso de que no lo haga corresponde al Tribunal Internacional sentenciar acerca de ellos.

5. En el caso examinado, la jurisdicción administrativa de Colombia ha reconocido, en dos instancias, la ilicitud de los hechos y la responsabilidad del Estado, dictando las correspondientes sentencias condenatorias.

6. Las características de los hechos y de las conductas de los agentes del Estado aparecen descritas, en términos concluyentes, en la sentencia de 23 de febrero de 1995 dictada por el Tribunal Contencioso Administrativo de Nariño. A continuación mencionamos algunas expresiones tomadas de la propia sentencia:

- a) Las “circunstancias de tiempo, modo y lugar que los ubican (a las víctimas) en el escenario de los sucesos, sufren una monstruosa manipulación por parte de la Policía Nacional, a tal punto que se los presenta como antisociales y luego de su ejecución injustificada son tratados como tales

y en torno a ello se hace un montaje escénico que repugna con la realidad”.

- b)** “Fue precisamente en la casa a la cual se refiere el Procurador Provincial (de Mocoa) donde perdieron la vida los infortunados ciudadanos que fueron presentados posteriormente como delincuentes y la incineración de las prendas se erigen en factores incriminatorios de la desfiguración de la verdad que hace la Entidad demandada (Nación–Policía Nacional) al presentar luego los cadáveres con atuendos precisamente de la Policía Nacional”.
- c)** Los “lamentables hechos perpetrados en la Escuela Las Palmeras, nada (tuvieron) que ver con el enfrentamiento antissubversivo descrito la Policía, porque en el análisis de las perforaciones causadas por los proyectiles a la edificación escolar, todas aparecen causadas del exterior hacia el interior y con relación a factores de visibilidad y percepción directa del lugar, hay expresa constancia de la escasa vegetación en los alrededores del escenario de tan cruenta acción”.
- d)** Es “mendaz el informe del Comandante de la Cuarta Compañía del Cuerpo Especial Armado del 23 de enero de 1991 (...) porque no hubo tal enfrentamiento armado con subversivos en el sitio vereda Villa Nueva ni vestían prendas de propiedad de la Policía Nacional antes de ser ejecutados por unidades adscritas a esta Institución, ni eran sujetos ‘bandoleros’ el señor Julio Milciades Cerón Gómez, quien falleció junto con sus (hijos) Guido William y Edebraes Dimas, tampoco portaban ningún elemento del material de guerra e intendencia descrito en el citado informe”.
- e)** “El conjunto probatorio produce certeza en el ánimo del juzgador sobre la participación de las fuerzas antissubversivas, en un escenario suficientemente determinado y en horas que no dejan ningún atisbo de duda de la acción perpetrada”.

- f) El “atentado contra la integridad personal, bien jurídicamente protegido, se produjo por acción atribuible a policías en servicio activo en el lugar y con ocasión del mismo”.
- g) “No acredita el informativo ninguna causal exonerativa de responsabilidad de la Entidad demandada. La decisión disciplinaria que favoreció a los oficiales, suboficiales y agentes inculcados, más bien denota un acto de solidaridad del estamento policial que la culminación objetiva e imparcial de la acción correspondiente”.
- h) “Nada justificaba el uso de semejante acción (de la fuerza pública) frente a inermes ciudadanos que de manera alguna ofrecían peligro al estamento militarizado”.

7. En el proceso ante la Corte Interamericana, el representante de Colombia reconoció los hechos y aceptó la responsabilidad del Estado.

8. Las sentencias de órganos colombianos de la jurisdicción administrativa implican, para los efectos del presente caso, que ya existe condena contra el Estado. Si no la hubiere, sería procedente que la Corte Interamericana se pronunciase sobre este punto, en la inteligencia de que quienes suscriben este voto consideran que dicho pronunciamiento sería, con toda certeza, declarativo de que hubo violación del derecho a la vida consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana.

9. Por otra parte, el Estado no ha cumplido, a pesar del largo tiempo transcurrido desde los hechos, el deber que le corresponde en lo relativo a la investigación, enjuiciamiento y condena de los responsables individuales. Por el contrario, se ha incurrido en múltiples dilaciones y falseamientos, con el evidente propósito de demorar o impedir la puntual investigación de los hechos y la sanción de los responsables. Por ello es pertinente declarar que el Estado ha violado los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Reservas a la Convención Americana

Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros (Trinidad y Tobago).

Excepciones preliminares.

Sentencias del 1º de septiembre de 2001

El Estado opuso dos excepciones en estos casos: extemporaneidad en la presentación de la demanda y reserva a la competencia de la Corte, enunciada en el acto mismo de reconocimiento de la competencia contenciosa, el 3 de abril de 1991 (instrumento depositado el 28 de mayo de 1991), de donde derivaría la incompetencia de ésta para conocer los casos. Esta reserva fue manifestada en los siguientes términos: “[c]on respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago, reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. La Corte desestimó la reserva, considerando que es incompatible con el objeto y fin de la Convención.

VOTO

1. He sumado mi voto al de mis colegas en la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Sentencias sobre excepciones preliminares en los Casos Hilaire, Contantine y Otros y Benjamín y Otros, del 1 de septiembre de 2001, que se fundan en el mismo razonamiento y llegan a idénticas decisiones en lo concerniente a la supuesta incompetencia de la Corte para conocer estos casos.

2. Considero que la Corte ha procedido adecuadamente al analizar los argumentos del Estado y exponer sus propios razonamientos con referencia específica a los casos que ha tenido a la vista, sin examinar por ahora el tema general de las reservas a los tratados y las declaraciones de los Estados acerca del alcance que éstos asignan a la admisión de la jurisdicción contenciosa de la Corte, conforme a la cláusula facultativa prevista en el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. En ese marco, coincido con los Jueces que integran la Corte en el señalamiento de que la reserva o declaración formulada por Trinidad y Tobago en el instrumento de ratificación de la Convención (del 3 de abril de 1991, depositado el 28 de mayo del mismo año), a propósito de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, tendría el efecto de excluir al Estado del sistema jurisdiccional que en ese mismo instrumento declara aceptar, en cuanto contiene una condición de carácter general que subordina el ejercicio de la jurisdicción, en forma prácticamente absoluta, a las disposiciones del Derecho interno. En efecto, dicha declaración admite la mencionada jurisdicción contenciosa —pieza clave en la efectiva vigencia del sistema interamericano de derechos humanos— “sólo en la medida en que (su ejercicio) sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago”.

4. Como es fácil advertir, la fórmula utilizada por el Estado no

precisa —a diferencia de lo que suele ocurrir en otras declaraciones de la misma naturaleza— cuáles son, específicamente, los puntos sustraídos al conocimiento y a la resolución de la Corte, que necesariamente aplica la Convención Americana, no las disposiciones del Derecho interno de un Estado. Así las cosas, ese tribunal internacional estaría privado de la posibilidad de ejercer con independencia las atribuciones que le asigna la Convención y debería sujetarse a una modalidad de cotejo casuístico entre las normas de ésta y las del Derecho interno, que a su vez se hallaría sometido a la interpretación de los tribunales nacionales.

5. Evidentemente, semejante limitación —establecida, como se ha dicho, en forma general e indeterminada—, no es consecuente con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni corresponde a la naturaleza de la jurisdicción interamericana llamada a tutelar esos derechos.

6. Por otra parte, la fórmula que se analiza incluye igualmente algunas expresiones de muy difícil comprensión, que resultan equívocas para el intérprete —y que podrían obstruir íntegramente el quehacer jurisdiccional de la Corte—, como la que se reconoce la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional “siempre que una sentencia de (éste) no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. Es posible citar algunos ejemplos sobre las implicaciones que podría tener esta expresión oscura. Evidentemente, una sentencia de la Corte podría incidir sobre supuestos “deberes de los individuos” derivados de actos o medidas que el tribunal considere violatorios de la Convención. Las resoluciones del tribunal interamericano también repercutirían sobre “derechos de los particulares” si reconocieran a favor de éstos ciertas consecuencias jurídicas con motivo de las violaciones cometidas: así, el derecho a reparaciones. Por otra parte, no está claro lo que se quiere decir al señalar que las sentencias de la Corte no podrían establecer “derechos o deberes existentes” de ciudadanos particulares.

7. En suma, por todo lo expuesto en los párrafos precedentes —en los que se proyecta el criterio que funda las sentencias de la Corte en los casos a los que se refiere este voto— no es posible reconocer eficacia a la declaración formulada por el Estado en el instrumento de ratificación del 28 de mayo de 1991, y sustentar en ella la excepción preliminar que se invoca.

8. En las sentencias dictadas en estos tres casos, la Corte Interamericana se ha referido única y exclusivamente a la excepción opuesta por Trinidad y Tobago y ha examinado, en consecuencia, las características de la declaración en la que aquélla pretende sustentarse, analizada en las condiciones de los casos planteados. Otra cosa es el tema de las reservas y declaraciones limitativas del ejercicio jurisdiccional de la Corte en general, que suelen presentarse en términos diferentes. Esto no obsta para la conveniencia —en aras de la universalidad de los derechos humanos, convicción común de los Estados que han contribuido a erigir el correspondiente sistema interamericano— de eliminar reservas y condiciones que finalmente significan restricciones de mayor o menor alcance a la vigencia plena de esos derechos.

Restricciones a la aplicación de la pena de muerte. Condiciones de detención

Casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros (Trinidad y Tobago).

Sentencia: 21 de junio de 2002

Se trata de la acumulación de los casos Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, que fueron sometidos a la Corte, por separado, en contra del Estado de Trinidad y Tobago el 25 de mayo de 1999. Se abarca a 32 víctimas. Los temas examinados en la sentencia son: "naturaleza obligatoria de la pena de muerte" (*Mandatory Death Penalty*); proceso para el otorgamiento de amnistía, perdón o conmutación de la pena de muerte, demoras en los procesos penales de algunas de las víctimas; deficiencias en el tratamiento y las condiciones de detención, violaciones al debido proceso y carencia de asistencia letrada que permitiera a los inculpados acceder a recursos internos tendientes a la tutela de sus derechos.

La Corte declaró que el Estado violó, en agravio de todos los inculpados o de algunos de ellos, según sus respectivas condiciones, los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), en relación con los artículos 1.1 y 2, en diversas hipótesis, así como el propio artículo 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal dispuso que el Estado debe abstenerse de aplicar la Ley de Delitos contra la Persona, de 1925, adecuarla a las normas

internacionales de protección de los derechos humanos, tramitar de nuevo —conforme a las normas revisadas— los procedimientos penales, plantear ante la autoridad competente la revisión de los casos, abstenerse de ejecutar a los reos, cubrir determinadas indemnizaciones por concepto de daño inmaterial a familiares de aquéllos, modificar las condiciones de su sistema carcelario y cubrir determinada suma para el reintegro de gastos en la tramitación ante la justicia internacional.

VOTO

1. *Offences against the Person Act*, del 3 de abril de 1925, aplicada por los tribunales del Estado para conocer y resolver diversos casos de homicidio sancionados con pena capital, que se han reunido —para los efectos del presente conocimiento por parte de la Corte Interamericana— en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*.

2. En el punto que ahora interesa, la reserva expresada por el Estado se concibió en los siguientes términos: "Con respecto al artículo 62 de la Convención, el Gobierno de la República de Trinidad y Tobago reconoce la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que se estipula en dicho artículo sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago,

→

1. El punto de mayor relevancia y complejidad en este caso atañe a la incompatibilidad de la *Offences against the Person Act* de Trinidad y Tobago, de 3 de abril de 1925 —mencionada en la sentencia como Ley de Delitos contra la Persona¹— con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A este respecto, la Corte resolvió por el voto unánime de sus integrantes —con el que concurro a través de este *Voto razonado*— que dicha ley nacional es incompatible con el artículo 4, párrafos 1 y 2, de aquella Convención. Esto implica, a la luz del artículo 2 del Pacto de San José, que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes —en la especie, medidas legislativas, puesto que la violación se localiza en un acto de esta naturaleza, que a su turno determina otros actos— para conformar su orden interno con las estipulaciones de la Convención Americana.

2. Para lo anterior no obsta ninguno de los siguientes hechos: a) que Trinidad y Tobago se hubiese incorporado como Estado Parte en la Convención y hubiera admitido la jurisdicción contenciosa de la Corte bajo ciertas reservas o declaraciones limitativas de la misma jurisdicción; b) que el Estado hubiera denunciado la Convención el 26 de mayo de 1998, y c) que la Constitución de Trinidad y Tobago, de 1976, prevenga que ninguna norma anterior a

su vigencia —como lo es la Ley de Delitos contra la Persona, de 1925— puede ser objeto de impugnación constitucional.

En efecto, la Corte ha examinado y rechazado —por una parte— la eficacia de la reserva o declaración limitativa formulada por Trinidad y Tobago, considerando que por su carácter excesivamente general² resulta contraria al objeto y fin de la Convención, y supedita ampliamente el desempeño jurisdiccional de la Corte a las normas nacionales y a las decisiones de órganos internos, y en este sentido contraviene principios del Derecho internacional.³ El Tribunal ha resuelto asimismo —por otra parte— que el Estado se halla obligado a observar la Convención en lo que respecta al caso *sub judice*, toda vez que la denuncia del tratado se hizo el 26 de mayo de 1998, y por ello tuvo efecto el 26 de mayo de 1999 —conforme al artículo 78 de la Convención—, en tanto que los hechos violatorios del Pacto ocurrieron antes de esta última fecha.⁴ Finalmente, la Corte ha hecho ver, en la misma sentencia a la que asocio mi *Voto razonado*, que el Estado no puede invocar disposiciones de su Derecho interno para evitar el cumplimiento de obligaciones convencionales internacionales.⁵ Tómese en cuenta, además, que Trinidad y Tobago ratificó el Pacto de San José el 28 de mayo de 1991, mucho tiempo después de la promulgación de su ley fundamental.

3. La incompatibilidad de la Ley sobre Delitos contra la Persona con respecto a la Convención Americana, que me propongo examinar ahora y que la Corte ha analizado y resuelto en su sentencia, surge de la inconsecuencia entre los términos en que ese ordenamiento previene y sanciona el homicidio intencional, conminado con lo que en el proceso se denomina *mandatory penalty of death* —pena de muerte *obligatoria*—, y las estipulaciones que en torno a la pena capital contiene la Convención en dos fórmulas del artículo 4. De ahí que implique violación del artículo 2 del Pacto de San José, en relación con el artículo 4, párrafos 1 y 2 (a los que pudiera añadirse —como verá *infra*— la contenida en el párrafo 6 de ese mismo precepto).

→

y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”.

3. Cfr. *Caso Hilaire, Excepciones preliminares. Sentencia de 1º de septiembre de 2001* (con correspondencia en las sentencias sobre excepciones preliminares, de la misma fecha, dictadas en los *Casos Constantine y otros, y Benjamin y otros*), párrs. 78 y ss. Emití *Voto razonado concurrente* con respecto a estas sentencias, en la misma fecha en que fueron adoptadas.

4. Cfr. *id.*, párrs. 27–28.

5. Esta disposición, que figura en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (de la que Trinidad y Tobago no es Estado parte), constituye una regla del Derecho internacional consuetudinario. El enunciado contenido en el artículo 27 “hace al fundamento mismo del Derecho internacional, y cuenta a su favor con precedentes de significación”. De la Guardia, Ernesto, y Delpech, Marcelo, *El Derecho de los tratados y la Convención de Viena*, Buenos Aires, La Ley, 1970, p. 286. La propia Convención de Viena es, en esencia, una codificación del Derecho internacional preexistente, y por ello tiene efectos incluso para Estados que no lo han ratificado. Cfr. Harris, D. J., *Cases and*

→

→

materials on International Law, London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 765; Van Hoof, G.J.H., *Rethinking the sources of International Law*, Deventer, The Netherlands, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1983, n. 464; en sentido semejante, Tunkin, Gregory, "Is general International Law Customary Law only?", *European Journal of International Law*, vol. 4, no. 4, 1993, pp. 534 y ss. En cuanto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a propósito de la inoponibilidad del Derecho interno para cumplir obligaciones internacionales, cfr. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* [arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos], *Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994*. Serie A, núm. 14, párr. 35, y *Caso Castillo Petruzzi y otros, Cumplimiento de sentencia*, 17 de noviembre de 1999, considerando 4.

6. Así, entre estos últimos, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte, del 8 de junio de 1990, y el Segundo Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989.

El párrafo 1 del citado artículo 4 señala, en lo pertinente, que "(n)adie puede ser privado de la vida *arbitrariamente*" (el énfasis es mío); y el párrafo 2 dispone, también en lo pertinente, que "(e)n los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los *delitos más graves*" (el énfasis es mío). He aquí, pues, dos restricciones terminantes a la imposición de la pena capital: una tiene que ver con la *extrema gravedad* de los delitos a los que se asocia aquélla, y la otra prohíbe la *arbitrariedad* en la privación de la vida. En mi concepto, la Ley de Delitos contra la Persona no respeta estas restricciones, y por ende pugna con la Convención Americana que el Estado asumió, a título de compromiso del que emanan sendos deberes, cuando se constituyó como parte en ese tratado internacional.

4. Antes del examen de estas incompatibilidades, conviene recordar que el Pacto de San José no suprime la pena capital. Esta posibilidad, largamente requerida, proviene de otros actos nacionales e internacionales.⁶ Aun así, la Convención Americana recoge y comparte la tendencia abolicionista de la pena de muerte, y en su propio momento y circunstancia introduce rigurosas restricciones —como la contenida en el artículo 4.1—, opone obstáculos para la reimplantación de esta pena y abre vías para obtener la reconsideración de las condenas correspondientes.⁷ En tal virtud, la interpretación del Pacto de San José en esta materia debe tomar en cuenta la orientación general del tratado —el *espíritu*, que se manifiesta claramente en la *letra*— y asumir, por ello, un criterio de máxima exigencia. Esto lleva a ejercer la interpretación más estricta de las normas convencionales que rigen en este ámbito.

Lo anterior no significa —hay que destacarlo— que en este caso se pretenda interpretar la Convención *para abolir* la pena capital. Esa pretensión no existe en la sentencia ni en mi *Voto razonado*, que responden sólo a los términos en que la Convención Americana regula el tema, independientemente del criterio personal que se sustente sobre este punto, ante el que difícilmente se podría mantener una posición neutral para efectos de *lege ferenda*,⁸ aun-

que a la hora de aplicar judicialmente una norma específica —en la especie, la Convención Americana— sea preciso atenerse a la *lege lata*, como efectivamente lo ha hecho la Corte en cumplimiento de sus deberes jurisdiccionales, y lo hago yo en el presente *Voto*. En tal virtud, no planteo aquí cuestión alguna sobre la legitimidad y la utilidad de la pena capital.

5. También procede observar que las conclusiones a las que se llegue en este caso, como en otros referentes a delitos que se han volcado sobre seres inocentes y alarmado a la sociedad, no significa indiferencia o desentendimiento de la necesidad de actuar con rigor, energía y eficacia en la lucha contra el crimen. El Estado tiene el deber —una obligación primaria, nuclear, esencial— de brindar a los ciudadanos seguridad y justicia, que se ven seriamente comprometidas donde la delincuencia avanza. En este orden de cosas, no se puede menos que expresar solidaridad con la sociedad agraviada —y en ella, particularmente, con las víctimas de los delitos— y respaldo hacia las acciones legítimas que se despliegan para protegerla. Con frecuencia se ha hecho ver que el destierro de la impunidad y la consecuente certeza del castigo permitirían mejores avances en la lucha contra la delincuencia que la mera agravación de las penas. Esta idea de nuestros clásicos sigue presente en el pensamiento contemporáneo.⁹

6. Desde luego, puede haber una violación del derecho a la vida inclusive cuando las víctimas aún no han sido privadas de ésta. El derecho a la vida —como cualquier otro derecho— puede verse afectado en un *iter* que transita por diversas etapas, comunicadas e identificadas, todas ellas, por un designio común que les confiere naturaleza y sentido: suprimir la vida de un sujeto. El último momento en este *iter* se concreta en la privación misma de la vida, máxima afectación de aquel derecho. Antes puede haber otros momentos: todos los que, conforme a las circunstancias, atienden a ese objetivo y conducen a él. Tal es el caso de una norma general contraria a la Convención Americana (o bien, a la Constitución

→

7. Catorce Estados suscriptores de la Convención Americana dejaron explícita constancia del deseo de abolir la pena de muerte, a través de un futuro Protocolo adicional a aquélla. Cfr. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2*, Washington, D. C., 1973, p. 467. La Corte hizo notar, en otra ocasión, que el artículo 4 del Pacto de San José “revela una inequívoca tendencia limitativa del ámbito de (la) pena (de muerte), sea en su imposición, sea en su aplicación”; y que “[e]n 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 definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final”. *Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de septiembre de 1983. Serie A, núm. 3, párrs. 52 y 57.*

8. Dice Antonio Beristáin que la pena de muerte es un “tema radical” en el Derecho penal; influye en el conjunto del sistema y en todas las decisiones que a este respecto se adopten. Cfr. “Pro y contra

→

→ de la muerte en la política criminal contemporánea”, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, Reus, 1979, p. 579.

9. “No es la crueldad de las penas uno de los más grandes frenos de los delitos, sino la infalibilidad de ellas (...) La certidumbre del castigo (...) hará siempre mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad”, enseñó, más de dos siglos atrás, el reformador César Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 71–72.

10. Cfr. *Caso Genie Lacayo, Excepciones Preliminares, Sentencia de 27 de enero de 1995*. Serie C, núm. 21, párr. 50

11. En la OC–13, la Corte se refirió a formas de violación de la Convención Americana: omitiendo dictar normas a las que está obligado por el artículo 2º. de ese pacto, o dictando normas contrarias a la Convención. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC–13/93 del 16 de julio de 1993*. Serie A, núm. 13, párr. 26. En la OC–14, el tribunal distinguió entre leyes que no necesariamente afectan la esfera jurídica de personas determinadas, →

del Estado, cuando se trata de asuntos del Derecho interno): la norma puede ser cuestionada jurisdiccionalmente antes de que se produzcan, por ejecución, las consecuencias que puede acarrear en un caso concreto.

Se ha sostenido que una ley anticonvencional no puede ser combatida en sí misma (como lo puede ser, con frecuencia, una ley inconstitucional en el plano interno), antes de que se aplique en la realidad y por ello la amenaza que entraña se convierta en un hecho consumado. Alguna vez, la Corte Interamericana ha sostenido que su potestad jurisdiccional en asuntos contenciosos se ejerce sobre actos del Estado ejecutados sobre personas determinadas,¹⁰ pero también ha dicho —y explicado— que existe la posibilidad de que una ley viole, *per se*, el pacto internacional.¹¹

Es pertinente observar que una ley puede ser, en sí misma, atentatoria contra el derecho a la vida, como puede serlo contra el derecho a la nacionalidad, a la personalidad jurídica, a la propiedad, a la familia, a la integridad, etcétera, aun cuando todavía no se haya aplicado en un caso concreto. Por el dato mismo de la ley —a partir de la vigencia de ésta— el bien jurídico de la vida queda expuesto, comprometido, en peligro.¹² Tómese en cuenta que la tutela judicial se puede y se suele anticipar en el caso de quien teme la aplicación de una ley cuestionable y busca precaverse frente a ella: no sólo se impugnaría el hecho consumado, sino la norma que autoriza su realización futura. Este es el espacio en el que se mueve la justicia constitucional. El sistema interamericano marcha en esa dirección cuando abre la posibilidad de adoptar medidas provisionales, de orden cautelar o precautorio, para evitar daños irreparables a las personas.

Ahora bien, en el presente caso no sólo existe una ley contraventora, por sí misma, de la Convención Americana, lo cual desencadenaría las consideraciones a las que antes me referí y podría justificar —desde la perspectiva de un sector de la doctrina— el conocimiento y la decisión del tribunal internacional. Se ha dado un paso más en el *iter*: la ley fue aplicada por medio de la sentencia;¹³ ésta ya resolvió, de manera individualizada e imperativa,

que *se debe privar de la vida a cierta persona*. El derecho del condenado, que se hallaba potencialmente comprometido por la ley, acabó por encontrarse actualmente afectado por la sentencia. Para aquél, la supresión de su vida no es una *mera posibilidad*, sino una *realidad inminente* hacia la que se enfila, formal y explícitamente, el poder punitivo del Estado.

7. El primer punto que me propongo examinar a propósito de la oposición entre la Ley sobre Delitos contra la Persona y la Convención Americana es el relativo a la reserva de la pena de muerte para los “delitos más graves”, que enuncia el artículo 4.2 de ese instrumento internacional. Hay que poner atención, pues, en la identificación de esos delitos “más graves” dentro del orden penal de un tiempo y un espacio determinados. Es preciso identificarlos y adoptar, en seguida, la consecuencia natural de una clasificación de este género —diversidad de sanciones—, que debiera informar la legislación criminal, por una doble razón y con un doble designio: justicia y eficacia. El mismo clásico que antes cité resumió bien esta preocupación: “Si se destina una pena igual a los delitos que ofenden desigualmente la sociedad, los hombres no encontrarán un estorbo muy fuerte para cometer el mayor, cuando hallen en él unida mayor ventaja”.¹⁴

8. Quiero salir al paso de una idea que se ha manejado en ocasiones y que propone identificar a los delitos “más graves” como aquellos que la ley sanciona con pena capital, la más severa de las penas.¹⁵ Esta caracterización no es satisfactoria, y para los efectos de esta consideración resulta, además, tautológica. Como es fácil advertir, si se acogiera ese criterio la decisión sobre gravedad —que es también una decisión sobre bienes esenciales y derechos básicos— quedaría sujeta a un arbitrio movetizo. Más bien que asociar la gravedad a la pena que se dispone, habría que vincular ésta con la gravedad intrínseca del hecho. No es la punibilidad lo que determina la gravedad, sino ésta lo que justifica aquélla. En suma, es preciso colocar los términos de la cuestión en su orden

→
por hallarse sujetas a actos normativos posteriores, cumplimiento de condiciones o aplicación por funcionarios del Estado, y “leyes de aplicación inmediata”, en las que “la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”. *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención [artículos 1º y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos]. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A, núm. 14, párrs. 41-43 y 49.* En un caso contencioso, el tribunal estimó que determinada norma penal que niega a una categoría de procesados ciertos derechos que concede a otros, “*per se viola el artículo 2º de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso*”. *Caso Suárez Rosero. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párr. 98 y punto resolutivo 5.* En el mismo sentido, *cfr. Caso Castillo Petrucci y otros, Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C, núm. 52, párr. 205.*

12. No sobre recordar la enseñanza que a este respecto suministra el Derecho penal, con su propia técnica tutelar de bienes jurídicos: no se sanciona solamente la privación de la vida, sino también la tentativa de suprimirla, y en algunos casos inclusive

→

→

el acuerdo o la conspiración (*conspiracy*) para hacerlo. La punición aparece en diversos momentos del *iter criminis*.

13. En varios casos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha determinado que se violó el derecho a la vida del condenado a muerte —no ejecutado todavía— cuando la condena se dictó sin observar las garantías del debido proceso. *Wright v. Jamaica*, Communication No. 349/1989; *Simmonds v. Jamaica*, Communication No. 338/1988; *Daniel Monguya Mbenge v. Zaire*, Communication No. 16/1977; *Little v. Jamaica*, Communication No. 283/1988; y *Henry v. Jamaica*, Communication No. 230/1987.

14. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 37. El mismo autor advierte que la conminación de penas gravísimas para muchos delitos, acaba por impedir “la proporción esencial entre el delito y la pena”. *Id.*, p. 73. En esta edición, anotada por Juan Antonio Delval, se recogen algunas observaciones pertinentes de Montesquieu. En una de ellas, éste expresa su asombro por el hecho de que haya “ciento sesenta (acciones) que un acto del Parlamento ha declarado crímenes capitales, es decir, que deben ser castigados con la pena de muerte”, y en este número figuran conductas de muy desigual gravedad (*Observations d’un voyageur anglais sur Bicêtre*, 1788).

→

pertinente: precisamente el orden que brinde la mayor tutela a los derechos humanos. Así, hay que *leer algo más que el código penal* para saber cuáles pueden ser las conductas ilícitas de mayor gravedad, que luego, trasladadas a ese código, merecerán las penas más elevadas que la legislación puede proveer.

9. El régimen penal moderno, de raíz democrática y garantista, previene la tutela penal de los bienes jurídicos más preciados contra los ataques o los peligros más severos. El bien jurídico de mayor jerarquía es la vida humana, y el ataque más intenso que se le puede dirigir es el homicidio: privación de la vida de otra persona. Ahora bien, la Convención Americana no se refiere solamente a los “delitos graves” —como lo es, ciertamente, el homicidio—, sino a los “delitos más graves”, es decir, a aquellos cuya gravedad se halla colocada en el punto más alto de la pirámide, los que merecen el reproche más intenso, los que afectan de manera más severa los bienes individuales y sociales, en fin, los que por su *insuperable gravedad* pudieran acarrear una también *insuperable punición*: la pena capital.

Esto sugiere explorar si es posible que algunos supuestos de homicidio sean más graves que otros, no en función del resultado de la conducta conforme al tipo penal —que es el mismo en todos los casos: privación de la vida—, sino en virtud de que aquélla revista determinadas características o se dirija a personas con cierta condición específica. Se trataría, en suma, de establecer una graduación en la gravedad de hechos que pudieran parecer, de primera intención, idénticos.

10. Un sistema penal no evolucionado podría sancionar con las mismas penas muy diversas conductas. Administraría indiscriminadamente las sanciones más severas como respuesta a ilícitos de distinta gravedad. En cambio, un sistema desarrollado identifica con mayor puntualidad —un cuidado que es, en el fondo, garantía social e individual— los diversos extremos de la conducta ilícita que amerita sanción penal, y adapta ésta, en la mayor medida posible, a las características del hecho y de la persona que lo rea-

liza. Esto último se hace por una doble vía, que se halla abierta en el Derecho penal moderno: a) la estructuración de tipos penales diversos y específicos para captar conductas diferenciables en función de sus características, aunque no lo sean en función de su resultado, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes; y b) la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuente con los datos del hecho y el autor, acreditados y apreciados en el proceso, dentro de las fronteras —máxima y mínima— que aporta cada conminación penal (punibilidad).

11. El homicidio es siempre privación de la vida humana, pero no son idénticas todas las hipótesis de homicidio, ni es uniforme la culpabilidad de los autores. En la realidad, esa privación se practica o manifiesta de maneras muy diversas, que a su vez se instalan en distintos rangos de gravedad. Todo ello da lugar a la existencia de varios tipos penales, que describen hechos de diversa gravedad.¹⁶

En virtud de lo anterior, la privación intencional de la vida (homicidio doloso) no se instala solamente en un tipo penal, sino se recoge en varios tipos, a los que se asocian punibilidades diferentes. Existen, por ello, un tipo básico de homicidio y diversos tipos complementados en los que se depositan elementos que reducen la gravedad y moderan la punibilidad, y elementos que incrementan la gravedad y extreman la punibilidad.

Efectivamente, la legislación penal suele prever —desde hace mucho tiempo, y muy ampliamente en la hora actual— al lado del llamado homicidio básico o fundamental, otros tipos en los que figuran esos elementos agravadores: en función del vínculo entre los sujetos activo y pasivo (parricidio), de la situación en que se colocó el agente para privar de la vida a la víctima (homicidio calificado por la ventaja o la traición), del móvil que impulsa la conducta del autor (homicidio calificado por el propósito de obtener una remuneración o de satisfacer objetivos bastardos), de los medios empleados (homicidio calificado por el empleo de explosivos y otros instrumentos devastadores), etcétera.

→

15. En torno a este punto, cfr. las opiniones que recoge Rodley, Nigel S., *The treatment of prisoners under International Law*, Oxford University Press, 2nd. ed., 1999, p. 219.

16. “Según la intensidad de la afectación al bien jurídico los tipos se clasifican en fundamentales o básicos y calificados (o cualificados). Los tipos fundamentales o básicos siempre lo son en relación con otros: son los que sientan el concepto fundamental de la conducta que se sanciona, en tanto que los calificados perfilan una modalidad circunstanciada más o menos grave. Si es más grave, por ser mayor la intensidad de afectación del bien o la antinormatividad (...) será calificado agravado, en tanto que en el supuesto contrario será calificado privilegiado”. Zaffaroni, E. Raúl, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires, EDIAR, t. III, 1981.

17. Es aplicable, en buena medida, la reflexión de Ihering: "Al elemento objetivo del bien amenazado en la sociedad, se agrega por el delincuente el elemento subjetivo del peligro que para aquélla constituye, en razón a su voluntad de dañar y al procedimiento que ha elegido para ejecutar su delito. Todos los delinquentes culpables del mismo hecho no comprometen a la sociedad en igual grado". *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1960, p. 237.

18. "Tradicionalmente el parricidio ha sido considerado como el más grave delito contra la vida, seguido del asesinato y el homicidio simple. Por eso aparecen en este orden, de mayor a menor, en nuestros códigos penales" (alude a legislación española). Ortego Costales, José, *Teoría de la parte especial del Derecho penal*, Salamanca, Ed. Dykinson, 1988, p. 240.

19. Desde luego, no pretendo agotar los casos que pudieran ser invocados en este punto. En la exposición de estos ejemplos resumo los supuestos penales y omito detalles que extenderían innecesariamente las descripciones aportadas y no modificarían el valor de aquéllos. Cito los ordenamientos en los términos en que figuran en las publicaciones con que cuenta la Biblioteca de la Corte Interamericana—

→

Es evidente que en todos esos casos nos hallamos ante un homicidio, pero también lo es que resulta perfectamente posible, y además necesario y justificado, advertir —para efectos penales precisos— diversos planos de gravedad en esas conductas que privan de la vida a otro. Este deslinde en cuanto a la gravedad trae consigo una consecuencia directa en lo que toca a la reacción penal: diversa punibilidad. El juzgador se atiende tanto a: 1) la diferencia objetiva que radica en la tipicidad del hecho, como a 2) el grado de culpabilidad del agente, otra cuestión relevante para este caso y que debe hallarse presente en el ejercicio de individualización penal, cuando la punibilidad —una previsión genérica— se transforma en punición —un dato específico de la condena.¹⁷ La sanción se construye sobre ambos fundamentos.

12. Es útil proporcionar algunos ejemplos a este respecto, tomados de la legislación de países americanos en los que se conserva la pena de muerte. En éstos es bien conocida la graduación de las hipótesis de privación de la vida según la gravedad que cada una reviste: del homicidio simple al parricidio. En todos ellos, diversas punibilidades corresponden a diversas gravedades.¹⁸ En tales casos¹⁹ no hay nada parecido a una *pena de muerte obligatoria*, en el sentido que se da a esta expresión en el asunto al que se refiere el presente *Voto*.

El que mate a otro será sancionado con uno a diez años de prisión, dispone el artículo 251 del *Código Penal de Bolivia*; y lo será con pena de muerte —ordena el artículo 252—, el que mate a sus descendientes, el que prive de la vida con premeditación, alevosía o ensañamiento, el que lo haga en virtud de precio, dones o promesas o por medio de sustancias venenosas u otras semejantes, etcétera. Conforme al *Código Penal de Chile*, el homicidio no calificado será penado con presidio mayor en sus grados mínimo a medio; quien prive a otro de la vida con ciertas calificativas (alevosía, por premio o promesa remuneratoria, por medio de veneno, con ensañamiento, con premeditación), lo será con presidio mayor en su grado medio a presidio perpetuo (artículo 391, incisos 2º. y 1º.,

respectivamente); y quien mate a su padre, madre o hijo, a cualquier otro de sus ascendientes o descendientes o a su cónyuge, lo será con presidio mayor en su grado máximo o muerte (artículo 390). Bajo el *Código Penal de Guatemala*, se impondrá prisión de quince a cuarenta años a quien diere muerte a una persona (artículo 123); y se sancionará —bajo el título de homicidios calificados— con prisión de veinticinco a cincuenta años al parricida y a quien incurra en asesinato (homicidio calificado por diversos elementos), pero en ambos supuestos se impondrá al delincuente pena de muerte “si por las circunstancias del hecho, la manera de realizarlo y los móviles determinantes se revelare una mayor y particular peligrosidad del agente” (artículos 131 y 132).

13. Una vez formuladas las consideraciones precedentes, recordemos que el artículo 4 de la Ley sobre Delitos contra la Persona, de Trinidad y Tobago, ordena que “(e)very person convicted of murder shall suffer death”. Así se dispone la llamada *pena de muerte obligatoria* para una amplia —y heterogénea— gama de conductas homicidas, en las que objetivamente sería posible identificar —como lo han hecho los códigos antes citados, así como otros muchos ordenamientos antiguos y modernos— distintos grados de gravedad. Con ello se desatiende la regla de que la pena de muerte “sólo podrá imponerse por los delitos más graves” (artículo 4.2 de la Convención), esto es, solamente por aquéllos que se hallan en la cúspide de una pirámide que se eleva de lo menos grave a lo más grave.

Evidentemente, al prevenirse así la punibilidad general del homicidio intencional, queda predeterminado el rumbo de la jurisdicción penal nacional: los tribunales carecen de la posibilidad de apreciar las particularidades de los homicidios y disponer, como consecuencia lógica y jurídica de las diferencias, sanciones igualmente diversas. Los aspectos negativos de la homogeneidad penal dispuesta donde hay heterogeneidad de hechos, que ameritarían proporcionalidad e individualización, ha sido ampliamente examinada —desde su propia perspectiva— por la jurisprudencia del Judicial Committee del Privy Council.²⁰

→ Instituto Interamericano de Derechos Humanos al tiempo en que redactó este *Voto razonado*. Si esos textos hubieran sido modificados con posterioridad, las reformas no afectarían la esencia del problema ni la eficacia intrínseca de los ejemplos.

20. A este respecto, es interesante y significativa la sentencia en el caso *Patrick Reyes v. The Queen*, del 11 de marzo de 2002, asunto previamente conocido por la Corte de Apelaciones de Belice. Cfr., esp., párrs. 29, 30, 32, 34, 36 y 40–43 de dicha resolución emitida por la justicia británica.

21. Esta ley de reforma fue aprobada por la Casa de Representantes el 13 de octubre de 2000 y por el Senado el 24 de los mismos mes y año, y entrará en vigor cuando sea promulgada por el Presidente de la República.

22. Entre los elementos calificativos que agravan el homicidio y extreme la pena, figuran: que la víctima sea miembro de las fuerzas de seguridad, funcionario de prisión o funcionario judicial; que se prive de la vida a quien participa como testigo o jurado en un juicio criminal; que el delito se cometa con bombas o explosivos; que se delinca por la expectativa de retribución; que la crueldad en la comisión del delito acredite excepcional depravación; que se incurra en homicidio por motivos de raza, religión, nacionalidad o país de origen, etcétera (secciones 4D y siguientes).

23. Cfr., por lo que toca a Jamaica, la *Act to amend the Offences against the Person Act* (14 de octubre de 1992), que distingue entre *capital murder*, punible con pena de muerte, y *non-capital murder*, sancionable con prisión perpetua.

24. Así, en el *Caso Neira Alegría y otros*, *Sentencia de 19 de enero de 1995*, Serie C, núm. 20, párr. 74.

14. El propio legislador de Trinidad y Tobago ha advertido la necesidad de graduar la pena en función de la gravedad de los delitos de homicidio, superando desde luego la antigua fórmula de la Ley sobre Delitos contra la Persona. En efecto, el Poder Legislativo del Estado aprobó la *Offences against the Person (Amendment) Act, 2000*, que reforma a la Ley sobre Delitos contra la Persona y que aún no ha entrado en vigor.²¹ En los términos de esta enmienda, habría tres categorías de homicidio, a saber: *capital murder* o *murder 1*, *murder 2* y *murder 3*. La primera abarca los supuestos de mayor gravedad: homicidios calificados con elementos que regularmente traen consigo, como se observa en Derecho comparado, la máxima penalidad y que en la especie se hallan sancionados con pena capital; homicidios de menor gravedad, con otras características, que se sancionan con prisión perpetua, y homicidios culposos.²² Esta regulación ya aparece en el Derecho correspondiente a otros Estados de la región, que tipifican con pormenor diversas hipótesis de privación intencional de la vida.²³

15. Examinada la incompatibilidad que existe entre la legislación penal de Trinidad y Tobago y el artículo 4.2 del Pacto de San José, procede estudiar la que priva entre aquel mismo ordenamiento y el artículo 4.1, que proscribiera la privación “arbitraria” de la vida. Para ello es pertinente recuperar el sentido amplio del concepto de *arbitrariedad*—que no se concentra solamente, por lo que toca a los supuestos que ahora examino, en la ejecución extrajudicial, aunque ésta sea una de sus más flagrantes manifestaciones—, y proyectarlo sobre el asunto que nos ocupa.

Con anterioridad, la Corte ha entendido que “(l)a expresión ‘arbitrariamente’ excluye, como es obvio, los procesos legales aplicables en los países que aún conservan la pena de muerte”.²⁴ Sin embargo, es necesario acotar el alcance de una afirmación tan amplia, que pudiera extender su efecto a situaciones que ameritan deslinde. Desde luego, no puede calificarse como arbitraria, en los términos de la Convención, la muerte impuesta o infligida a un sujeto conforme a normas de fondo y forma que se ajustan a los

principios que deben informarlas, y mediante juicio seguido ante autoridad competente, en el que se observen todas las garantías del debido proceso. Este descargo parece inadecuado, en cambio, cuando no ha ocurrido tal cosa, aunque en la especie no se trate de ejecución extrajudicial ni exista empleo excesivo de la fuerza al margen de mandamientos judiciales.

16. Si nos atenemos, con visión superficial, al hecho de que la pena de muerte se halla prevista en una ley y su aplicación a los casos concretos proviene de una sentencia judicial emitida por un tribunal competente, pudiera parecer excesiva la calificación de arbitrariedad en el caso que ahora nos ocupa. En cambio, esa calificación se justifica si se utilizan algunas referencias plenamente acreditadas ante la Corte Interamericana y expuestas en la sentencia expedida por ésta, a saber: a) la prevención de pena de muerte, *tabula rasa*, para cualesquiera homicidios intencionales, sin miramiento hacia las diversas características que éstos revisten, como se ha dicho en puntos anteriores del presente *Voto*: este dato —la existencia de una ley arbitraria— tiñe de arbitrariedad las condenas y, por supuesto, las eventuales ejecuciones; b) la aplicación de la pena de muerte mediante juicios que no satisfacen, en modo alguno, ciertas exigencias del debido proceso legal,²⁵ como son las concernientes al plazo razonable para resolver la controversia y a la provisión de asistencia legal adecuada; c) la inoperancia real, en los casos concretos, del derecho a solicitar —y, se entiende, a gestionar y sustentar— la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena; y d) la ejecución de una persona —Joey Ramiah— que se hallaba protegido por medidas provisionales ordenadas por la Corte; una ejecución antes de que hubiera un pronunciamiento de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos constituye —como dijera el Comité Judicial del Privy Council— una “violación de los derechos constitucionales” de los solicitantes.²⁶

17. En esta línea de reflexiones, deseo comentar la violación del artículo 4.6 de la Convención, que también se establece en la senten-

25. En la OC-16, la Corte hizo ver que cuando se afectan las garantías del debido proceso legal, “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 de los tratados de derechos humanos (v.g. Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 4º...), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”. *El derecho a la información sobre la asistencia consular. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999*. Serie A, núm. 16, punto 7.

26. En *Barren Roger Thomas and Haniff Hilaire v. Cipriani Baptiste (Commissioner of Prisons, Evelyn Ann Peterson (Registrar of the Supreme Court) and The Attorney General of Trinidad and Tobago, Privy Council Appeal No. 60 of 1998* [resolución del 27 de enero de 1999], ese tribunal sostuvo: “Their Lordships declare (...) that to carry out the death sentences imposed on the appellants before the final disposal of their respective applications to the Inter American Commission and Court of Human Rights would be a breach of their constitutional rights and order that the carrying out of the said death sentences be stayed accordingly”.

cia. Esa norma, ubicada bajo el epígrafe del “Derecho a la vida” —que es la materia de protección en el conjunto del artículo, integrado por seis párrafos—, señala que “toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos (...)”.

Semejante derecho —para que lo sea verdaderamente y no quede como simple declaración— supone que el sujeto tenga expedita una auténtica posibilidad de pedir y obtener la revisión y modificación de la situación jurídica creada por la sentencia condenatoria. No tendría sentido que el derecho se instituyera con un carácter puramente formal, que en este caso sería trivial: la mera facultad de pedir, que se agota en sí misma. El derecho debe poseer un contenido y un sentido razonables. Esto significa que el sujeto debe contar con la posibilidad jurídica y material de expresar su petición —que es una pretensión— ante una autoridad competente para resolverla en cuanto al fondo, y aportar los elementos que conduzcan a satisfacerla, en la inteligencia de que es factible —aunque difícil e incierta— una respuesta favorable. Esto no ocurrió en el caso *sub judice*, porque los reos no contaron con la oportunidad de sustentar su petición con elementos de juicio que la sostuvieran y favorecieran, ni la de tramitarla con la indispensable asistencia legal; más aún, su planteamiento se hallaba condenado de antemano al fracaso: inevitablemente tropezaría con el infranqueable muro de la pena de muerte “obligatoria”.

En la situación que nos ocupa, la ineficacia absoluta de la petición de amnistía, indulto o conmutación puede ser analizada desde dos perspectivas, válidas ambas: por una parte, como violación del derecho a la vida en los términos del precepto que contiene la facultad; y por otra parte, como violación del debido proceso, en cuanto no lo hubo en la tramitación de la solicitud: ni audiencia, ni pruebas ni alegaciones que abrieran la menor posibilidad de acceder al fin solicitado. De ahí que la Corte estimara, con razón a mi juicio, que en esta hipótesis hubo una múltiple violación: de los artículos 4.6 y 8, en relación con el 1.1.

18. Otro punto al que quiero referirme ahora es el correspondiente al régimen de detención, que en las circunstancias de este caso resulta violatorio del artículo 5, párrafos 1 y 2, de la Convención Americana. En este orden hay que tomar en cuenta que el Estado es garante de los derechos de los detenidos, y por ende responde, directa y plenamente, de la situación que éstos guardan.²⁷ La posición de garante que aquí ostenta el Estado deriva de que los detenidos en prisiones, en espera de sentencia o en cumplimiento de una condena, se hallan sujetos a un régimen minuciosamente regulado, aplicado y supervisado por el Estado mismo, de manera tal vez más intensa que la que pudiera aplicarse a cualquier otra categoría de sujetos.

En estos casos, correspondientes a la *institución total* que es la prisión, los títulos de los que resulta la condición de garante del Estado son la orden de captura —o sus equivalentes— y la sentencia de condena. Ambos actos de autoridad traen consigo la sustracción del sujeto del medio libre en el que se ha desarrollado y su colocación en un medio totalmente distinto, en el que cada acto de la vida del interno se halla sujeto al control del poder público. La función de garante implica: a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra.

19. No se carece de referencias internacionales acerca del trato que debe darse a los individuos sujetos a detención —detención legalmente prevista—; en ellas se traza la frontera entre lo debido y lo indebido, lo admisible y lo inadmisibles. Esas referencias sirven como punto de partida para puntualizar el espacio en el que actúa y los caracteres que tiene la misión de garante atribuida al Estado.²⁸ El cotejo entre las previsiones de aquéllas y las realidades del sistema carcelario permitirán conocer el grado de cumplimiento de los deberes públicos, que no puede decaer por el

27. Así lo ha señalado la Corte en el *Caso Neira Alegria y otros, Sentencia de 19 de enero de 1995*. Serie C, núm. 20, párr. 60, que se menciona en la sentencia a la que corresponde este *Voto* y en el que también se alude al criterio del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en *Moriana Hernández Valenti de Bazzano vs. Uruguay*, no. 5/1977 de 15 de agosto de 1979, párrs. 9–10.

28. Así —y para referirme sólo a los instrumentos mejor conocidos— mencionaré las *Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos* (Ginebra, 1955), aprobadas por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas el 31 de julio de 1957, y reformadas el 13 de mayo de 1977, el *Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión*, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1988 (Res. 43/173), y los *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*, adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990 (Res. 45/111).

hecho de que los sujetos a detención hayan incumplido gravemente —y sean por ello merecedores de pena— las obligaciones que les impone la vida social.

Evidentemente, la prisión implica restricciones severas. No cuestiono ahora su pertinencia. Dejo este punto fuera de mis actuales consideraciones. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que dichas restricciones tienen límites: más allá de ellos, pueden convertirse —como en efecto ha ocurrido— en tratos crueles, inhumanos o degradantes. Además, es preciso distinguir entre el régimen de privación (cautelar y provisional) de la libertad que corresponde a quien aún no ha sido condenado, del que atañe a quien ya lo ha sido. A favor de aquél existe una presunción de inocencia que debe reflejarse en las condiciones de detención, cuando se estime indispensable privarle de la libertad mientras se desarrolla el proceso.

Admisibilidad de pruebas

Caso Bámaca Velásquez (Guatemala). Resolución del 19 de junio de 1998

Se trata de una resolución que desechó pruebas presentadas extemporáneamente. En el Voto particular se analizan otros extremos de admisibilidad de las pruebas. Se cuestionó la admisión de pruebas consistentes en documentos recabados de oficinas gubernamentales, que no expresan la fuente de conocimiento de los hechos que se manifiestan en ellos y presentan tachaduras que impiden conocer el texto íntegro del documento.

VOTO

Considero que no son admisibles las pruebas aportadas por la Comisión, consistentes en documentos obtenidos de oficinas del Gobierno de los Estados Unidos de América, en los que se consignan diversos hechos sin expresar la fuente del conocimiento de éstos.

Fundo mi opinión en las siguientes consideraciones:

1. El artículo 43 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala:

[L]as pruebas promovidas por las partes sólo serán admitidas si son señaladas en la demanda y en su contestación y en su caso, en el escrito de excepciones preliminares y en su contestación. Excepcionalmente la Corte podrá admitir una prueba si alguna de las partes alegare fuerza mayor, un impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los antes señalados, siempre que se garantice a la parte contraria el derecho de defensa.

Ahora bien, las pruebas cuya admisión objeto en este voto concurrente no fueron aportadas con la oportunidad que establece la norma transcrita. Tampoco se está en el caso de admitirlas bajo el concepto de excepción que dicho precepto reconoce, en virtud de que quien las aporta no mencionó, ni mucho menos demostró, la existencia de fuerza mayor, impedimento grave o hechos supervinientes en momento distinto a los señalados para la admisión de las pruebas, que pudieran justificar su extemporánea aportación al proceso. En consecuencia, si la Corte no rechazara en el acto esas pruebas contravendría el mandamiento expreso del artículo 43 del Reglamento.

2. Por otra parte, las pruebas ofrecidas no satisfacen los requerimientos básicos para que sean admisibles y eficaces, conforme a su naturaleza. Se trata de copias sin certificación oficial y presentan múltiples tachaduras que impiden conocer la identidad de quienes suministran los datos que figuran en los informes. Por ende, es imposible establecer críticamente la veracidad de éstos. Obviamente, el propósito perseguido con esas tachaduras es ocultar la identidad de quienes declaran, así como las circunstancias en que se produjeron y las características que revisten sus declaraciones. Ese ocultamiento, que pudiera explicarse en ciertos casos, es de plano incompatible con los requerimientos de prueba en un proceso.

Una verdadera prueba testimonial implica la transmisión de conocimientos por parte de la persona física que los adquiere a través de sus sentidos. En este caso no se sabe quién es el testigo,

o dicho de otra forma, se ignora por completo la fuente de la que provienen los informes. No se debe aducir que existe una agencia gubernamental responsable de éstos, porque la admisibilidad y validez del testimonio apareja la posibilidad de conocer o poder conocer en forma precisa, así como interrogar, a la persona física que declara en calidad de testigo. Si se aceptaran los supuestos testimonios vaciados en los documentos a los que se refiere este voto, sería imposible dar cumplimiento a disposiciones terminantes del Reglamento de la Corte, como son las contenidas en los artículos 41 (Preguntas durante los debates), 46 (Citación de testigos y peritos), 47 (Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos) y 48 (Objeciones contra testigos)

No omito decir que muchos de los cuestionamientos que se formulan a propósito de los llamados “jueces sin rostro” podrían mencionarse en relación con “testigos sin rostro”.

Obviamente, mi parecer sobre la inadmisibilidad de las pruebas propuestas, en virtud de las razones expresadas, no supone cuestionamiento alguno acerca de las personas que aludieron a tales instrumentos o de las declaraciones emitidas por aquéllas.

Concepto de víctima. Reconocimiento de la personalidad jurídica. Derecho a la verdad. Aplicación de los Convenios de Ginebra. Cuestiones probatorias

**Caso Bámaca Velásquez (Guatemala).
Sentencia: 25 de noviembre de 2000**

La demanda fue presentada el 30 de agosto de 1996, para que la Corte Interamericana se pronunciara sobre la violación, por parte del Estado (Guatemala) y en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez, de los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales), 13 (Derecho a la Libertad de Pensamiento y de Expresión), 25 (Derecho a la Protección Judicial) y 1 (Obligación de Respetar y Garantizar los Derechos), todos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y 3 común de los Convenios de Ginebra.

Efraín Bámaca Velásquez, conocido como “Comandante Everardo”, formaba parte de la Organización Revolucionaria del Pueblo en Armas (ORPA), uno de los grupos guerrilleros integrados en la URNG. El señor Bámaca desapareció el 12 de marzo de 1992, después de un enfrentamiento entre el Ejército y la guerrilla. Se manifestó que había sido detenido, recluido, torturado y ejecutado por miembros del Ejército. La Corte declaró que el Estado había violado los derechos a la vida (artículo 4), a la libertad personal (artículo 7), a la integridad (artículos 5.1 y 5.2), a las garantías judiciales (ar-

título 8) y a la protección judicial (artículo 25). Asimismo, el Tribunal ordenó la investigación de los hechos y la reparación de los daños causados, para lo cual se abrirá la etapa de reparaciones.

VOTO

1. La Sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Bámaca Velásquez*, el 25 de noviembre de 2000, examina diversas presuntas violaciones a derechos preservados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Constituye una valiosa reflexión jurisdiccional en torno a varios conceptos relevantes para el Derecho internacional de los derechos humanos y el desarrollo jurisprudencial de la Corte. Reitera y amplía posiciones adoptadas anteriormente e impulsa el examen y la definición sobre algunos temas novedosos en la experiencia del propio tribunal. Estimo pertinente asociar este voto concurrente a las consideraciones y resoluciones de aquella Sentencia.

I. VÍCTIMA DE LA VIOLACIÓN

2. Al estudiar la violación del artículo 5 de la Convención (Derecho a la integridad personal), la Sentencia aborda dos cuestiones que examinaré en este voto. Una de ellas es la relativa a la carga de la prueba en el supuesto de desaparición forzada de personas, tema sobre el que *infra* (sub V, B) volveré; la otra es la concerniente al concepto mismo de víctima de la violación, asunto que revisite fundamental importancia en el Derecho internacional de los derechos humanos, tanto por sus implicaciones sustantivas —para identificar al sujeto pasivo de la lesión, titular de los derechos afectados y de aquellos otros que genera la conducta violatoria—, como por sus consecuencias procesales —para precisar la legitimación y la correlativa capacidad de actuación en diversos momentos del proceso.

- Concepto de víctima
- Reconocimiento de la personalidad jurídica
- Derecho a la verdad
 - Aplicación de los Convenios de Ginebra
- Cuestiones probatorias

3. Es bien sabida la evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, temas largamente explorados y controvertidos.¹ Este desarrollo revela claramente el impulso tutelar del Derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos —en una tendencia que estimo pertinente y alentadora— la protección real de los derechos humanos. El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla *pro homine* —fuente de interpretación e integración progresiva—, tiene aquí una de sus más notables expresiones.

4. Al igual que la Corte Europea, la Interamericana se ha ocupado ya en este asunto (mediante una jurisprudencia evolutiva que trabaja sobre las figuras de víctima directa e indirecta y beneficiarios de aquélla²), a través de resoluciones en las que inició o prosiguió la elaboración de un concepto amplio de víctima de la violación. En este sentido avanza la presente Sentencia, que distingue entre la afectación de derechos correspondientes al señor Efraín Bámaca Velásquez, por una parte, y la vulneración de derechos de los familiares de éste y de la señora Jennifer Harbury, por la otra. Es claro que algunas violaciones recayeron directa e inmediatamente sobre aquél; otras, sobre la señora Harbury y los familiares cercanos del señor Bámaca, que además resintieron las consecuencias —afectaciones personales, con efectos jurídicos— de la violación de derechos de este último.

5. Es probable que la Corte vuelva a examinar este tema en futuras resoluciones. Para ello podría considerar como víctima directa a la persona que sufre menoscabo de sus derechos fundamentales como efecto inmediato de la propia violación: entre ésta y aquél existe una relación de causa a efecto (en el sentido jurídico del vínculo), sin intermediario ni solución de continuidad. En cambio, víctima indirecta sería quien experimenta el menoscabo en su derecho como

1. Cfr. Rogge, Kersten, "The 'victim' requirement in article 25 of the European Convention on Human Rights", en Varios, *Protecting human rights: the European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimension européenne*, ed. Franz Matscher–Herbert Petzhold, Carl Heymanns Verlag K.G. Köln. Berlin. Bonn. München, 1988, pp. 539 y ss.; y Cancado Trindade, A. A., *Co-existence and co-ordination of mechanisms of international protection of human rights [At global and regional levels]*. Academy of International Law, Offprint from the Collected Courses, vol. 202 (1987–II), pp. 243 y ss.

2. Cfr. Pasqualucci, Jo M., "Victim reparations in the Inter-American Human Rights System: a critical assessment of current practice and procedure", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 18, no. 1, fall 1996, esp. pp. 16 y ss.; así mismo, cfr., en sus respectivas consideraciones, *Caso Villagrán Morales y otros (Caso de los "Niños de la Calle")*. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63, párrs. 173–177; y *Caso Blake*. Sentencia de 24 de enero de 1998. Serie C No. 36, párrs. 97 y 116.

consecuencia inmediata y necesaria, conforme a las circunstancias, del daño que sufrió la víctima directa. En tal hipótesis, la afectación ocasionada a ésta última sería la fuente del menoscabo que experimenta la víctima indirecta. La distinción técnica entre ambas categorías no implica que alguna de ellas revista mayor jerarquía para los fines de la tutela jurídica. Ambas se hallan igualmente tuteladas por la Convención y pueden ser atendidas en la Sentencia, tanto para considerarlas, sustantivamente, como sujetos pasivos de una violación, acreedores a reparaciones, como para atribuirles legitimación procesal, de manera genérica e indistinta.

II. TORTURA Y TRATOS CRUELES

6. En este mismo orden de consideraciones, es decir, a propósito de la violación al artículo 5 de la Convención, la Corte ha ingresado, por ahora de manera suscita, casi tangencial, al examen de la diferencia entre la tortura, por un lado, y los tratos crueles, inhumanos y degradantes, por el otro (párr. 154, donde también se recuerda que todos estos actos “están estrictamente prohibidos en cualesquiera circunstancias, como lo ha declarado la Corte en el *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de fondo, párr. 95), categoría, esta última, que también puede ser objeto de deslindes y precisiones a propósito de los tres componentes que la integran. Es así que el tribunal ha considerado que, en la especie, ciertos actos denunciados “fueron preparados e infligidos deliberadamente, con el fin de obtener de Efraín Bámaca Velázquez información relevante para el Ejército. Según los testimonios recabados en el presente proceso, “la supuesta víctima fue sometida a actos graves de violencia física y psíquica durante un prolongado período de tiempo con los fines antes mencionados y, así, puesta en un contexto de angustia y de sufrimiento físico intenso de modo intencional, lo que no puede calificarse sino como tortura, tanto física como psicológica” (párr. 158).

7. La diferencia entre la tortura y los demás actos reunidos bajo el mismo artículo 5.2 de la Convención, no puede hallarse en el

carácter preordenado y deliberado de alguno de ellos, puesto que todos revisten estos rasgos, generalmente, ni en el propósito con que se infligen, que también pudiera ser común. La descripción de la tortura, contenida en las convenciones sobre esta materia —la universal y la americana—, ofrece elementos que igualmente caracterizarían los tratos crueles o inhumanos. En otros términos, éstos pudieran diferenciarse de aquélla en la gravedad del sufrimiento causado a la víctima, en la intensidad del dolor —físico o moral— que se le inflige, en las características de la acción lesiva y de la reacción que ésta provoque en quien la padece.

8. La Corte sostuvo, por ejemplo, que las experiencias vividas por la señora Harbury y los familiares del señor Bámaca Velásquez a propósito de la obstrucción que enfrentaron en sus esfuerzos por conocer la verdad sobre los hechos, el ocultamiento del cadáver de aquél y la negativa oficial a brindar la información requerida, “constituyeron claramente tratos crueles, inhumanos y degradantes” (párr. 165). Tomando en cuenta el significado de las palabras y las características de los hechos y de su impacto sobre las víctimas, resulta evidente, en mi concepto, que los tratos infligidos fueron crueles e inhumanos. No faltarían opiniones, en cambio, que cuestionaran su identificación como degradantes, calificación que correspondería a otro género de tratos cuyo denominador sería, posiblemente, su eficacia humillante u ofensiva.

9. Es claro que el desarrollo de las condiciones generales de vida, con el impacto que tiene en la formación de la cultura y la sensibilidad de los individuos que participan de ésta, puede traer consigo una evolución en la forma en que son percibidos ciertos tratos y en la consecuente calificación que reciben. En tal virtud, podría variar su calidad en relación con las personas que los sufren en un medio y un tiempo determinados: los tratos crueles o inhumanos, e incluso los degradantes, pasarían a ser constitutivos de tortura en función de sus características y del efecto que ejercen sobre la víctima.

III. RECONOCIMIENTO DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

10. La Corte estima que en el caso contemplado en esta Sentencia no se violó el artículo 3 de la Convención —el cual dispone que “toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica”— y procede, por lo tanto, declararlo así. Si bien la falta de prueba de un hecho puede sustentar simplemente la conclusión de que aquél no ha sido acreditado, dejando constancia de ello en la resolución de fondo, la falta de sustento de una pretensión —en la especie, la correspondiente a la declaración de que se ha violado el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica— debe traducirse en una declaración explícita sobre la ausencia de violación del derecho respectivo.

11. Para llegar a la conclusión que sostuvo la Corte, es preciso analizar el sentido del derecho acogido por el artículo 3: reconocimiento de la personalidad jurídica, es decir, recepción de un dato que preexiste al acto de quien lo reconoce. Ese dato es la personalidad jurídica, que a su vez implica la capacidad que tiene la persona humana para ser, por esa misma condición radical, persona jurídica. Y esto último se caracteriza como la posibilidad de ser sujeto de obligaciones y titular de derechos.

12. La personalidad jurídica que aquí interesa es la del ser humano, la persona física, en los términos del artículo 1.2 de la Convención, que estatuye: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. La comprensión del concepto recogido en el artículo 3 del citado ordenamiento convencional, debe procurarse mediante una interpretación sistemática del conjunto normativo aplicable a la materia en el Continente Americano, que basta para precisar su alcance. De ahí la necesidad de vincular el referido artículo 3 con su antecedente —y fuente, referencia natural y necesaria—, el artículo XVII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que precisamente bajo el epígrafe “Derecho de reconocimiento de la personalidad jurídica y de

los derechos civiles”, establece que “[t]oda persona tiene derecho a que se le reconozca en cualquier parte como sujeto de derechos y obligaciones, y a gozar de los derechos civiles fundamentales”. Como se advierte, la personalidad jurídica trae consigo, justamente, esa capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, titular de las consecuencias jurídicas de cierta situación: la condición de ser humano, que debe ser reconocida y desarrollada —normativamente— por el orden jurídico.

13. Es evidente que dicha titularidad alude a la capacidad de goce de derechos, propia del ser humano en general, pero no necesariamente de goce de todos los derechos, y tampoco de ejercicio de éstos. En efecto, el alcance del goce, o sea, la definición o integración concreta de la capacidad mencionada, así como la posibilidad de ejercicio de los derechos, están sujetos al Derecho positivo (objetivo) en función de la posición del individuo en el conjunto de las relaciones jurídicas de las que participa o en las que se halla inserto. Un menor de edad, que carece de madurez y competencia para determinar informada y libremente su conducta y producir de esta suerte consecuencias jurídicas que pudieran beneficiarle o perjudicarlo, no puede ser titular del goce y el ejercicio de derechos que se atribuyen, en cambio, al sujeto adulto. Son numerosas y razonables las distinciones en este campo; así, entre la situación del ciudadano, a quien se asignan plenos derechos políticos, y quien no lo es; o la del padre de familia, que tiene potestades y obligaciones específicas, y quien carece de ese carácter; o la del profesional, que posee un estatuto característico, y el sujeto que no tiene aquella preparación y actividad, etcétera.

14. Por lo anterior, el desconocimiento de la personalidad jurídica equivaldría a la negación absoluta de la posibilidad de que una persona humana sea titular de derechos y obligaciones. En este caso se le trataría como a un objeto —materia de una relación jurídica, no sujeto de ella—, o se le reduciría a la condición de esclavo. De todo lo dicho se desprende que el derecho al reco-

nocimiento de la personalidad jurídica tiene sustancia o entidad propias y no puede ser visto como un reflejo de una situación de hecho que prive al individuo de la posibilidad de ejercer los derechos de los que, sin embargo, no se le ha negado la titularidad. Esto entrañaría una situación jurídica —desconocimiento de la personalidad de este carácter—, en tanto aquéllo constituye un hecho, tan deplorable o limitante como se quiera, pero no necesariamente derogatorio, en sí mismo, de la personalidad jurídica del ser humano que lo padece.

15. Si sostuviésemos que la desaparición forzada, que es una forma extrema de privación ilícita de la libertad, entraña desconocimiento de la personalidad jurídica y, por ende, violación del artículo 3 de la Convención, tendríamos que llegar a la misma conclusión en el caso de la detención arbitraria o de la incomunicación absoluta, e incluso de la relativa. Más aún, en estos casos, y desde luego en el de la desaparición forzada, habría que concluir que el sujeto está igualmente privado de todos los derechos que no puede ejercer por el impedimento fáctico que le imponen la desaparición, la incomunicación o la detención: circulación, expresión, reunión, asociación, propiedad, trabajo, educación y así sucesivamente. Es obvio que semejante conclusión sería excesiva desde el ángulo jurídico, que es el correspondiente a estas reflexiones.

16. Finalmente, la Sentencia hace ver que el artículo II de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que formula una caracterización de ésta sobre la que se puede erigir el tipo penal nacional, alude a la vulneración de algunos derechos —y en este sentido esa descripción enlaza con el quinto párrafo del preámbulo de la Convención, que se refiere a la violación de múltiples derechos esenciales de la persona humana—, entre los que no figura el reconocimiento de la personalidad jurídica. Ahí se localizan, en cambio, los derechos a la libertad, a la información sobre ésta, al reconocimiento de la captura y al ejercicio de recursos legales y garantías procesales.

- Concepto de víctima
- Reconocimiento de la personalidad jurídica
- Derecho a la verdad
 - Aplicación de los Convenios de Ginebra
- Cuestiones probatorias

IV. DERECHO A LA VERDAD

17. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos manifestó que la desaparición forzada del señor Bámaca Velásquez acarrea una violación del derecho a la verdad, que asiste a los familiares de la víctima y a la sociedad en general. Este derecho tendría, como ha resumido la Corte, “un carácter colectivo, que conlleva el derecho de la sociedad a ‘tener acceso a información esencial para el desarrollo de los sistemas democráticos’, y un carácter particular, como derecho de los familiares de las víctimas a conocer lo sucedido con su ser querido, lo que permite una forma de reparación” (párr. 197).

18. El derecho a la verdad se ha examinado en un doble plano, que implica una misma —o muy semejante— consideración: saber la realidad de ciertos hechos. A partir de ese conocimiento se construirá una consecuencia jurídica, política o moral de diversa naturaleza. Por una parte, se asigna aquel derecho a la sociedad en su conjunto; por la otra, el derecho se atribuye a la víctima, directa o indirecta, de la conducta violatoria del derecho humano.³

19. Bajo el primer significado, el llamado derecho a la verdad acoge una exigencia legítima de la sociedad a saber lo sucedido, genérica o específicamente, en cierto período de la historia colectiva, regularmente una etapa dominada por el autoritarismo, en la que no funcionaron adecuada o suficientemente los canales de conocimiento, información y reacción característicos de la democracia. En el segundo sentido, el derecho a conocer la realidad de lo acontecido constituye un derecho humano que se proyecta inmediatamente sobre la Sentencia de fondo y las reparaciones que de aquí provienen.

20. En la resolución de la Corte a la que se asocia este voto concurrente, el Tribunal se ha ceñido a la vertiente individual del derecho a la verdad, que es el estrictamente vinculado a la Convención, a título de derecho humano. De ahí que, en la especie, ese de-

3. *Cfr. La administración de justicia y los derechos humanos de los detenidos. Informe final acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión —de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías—, E/CN.4/Sub.2/1997/20, 26 de junio de 1997, párr. 17, donde se distingue entre el “derecho individual que toda víctima o sus familiares tienen a saber lo que ocurrió, que es el derecho a la verdad” y el “derecho a saber (que) es también un derecho colectivo”.*

4. Cfr. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Informe definitivo presentado por el Sr. Theo van Boven, Relator Especial*. Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, E/CN.4/Sub.2/1993/8, 2 de julio de 1993; ahí se hace notar que “Chile ha hecho gran hincapié en la revelación de la verdad sobre las violaciones más graves de los derechos humanos que atañen al derecho a la vida. La reparación se centró y se centra principalmente en la vindicación de las víctimas de esas violaciones graves y en la indemnización a sus familiares”, párr. 117.

5. Así, en *Caso Suárez Rosero. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párr. 72; *Caso Loayza Tamayo. Reparaciones* (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 158; y *Caso Caballero Delgado y Santana. Reparaciones* (Artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 31, párr. 58.

recho se recoja o subsuma en otro que también es materia de la Sentencia: el correspondiente a la indagación de los hechos violatorios y el enjuiciamiento de sus autores. Así, la víctima —o sus derechohabientes— tienen el derecho a que las investigaciones realizadas o por realizar conduzcan a conocer lo que “verdaderamente” sucedió.⁴ Por ese cauce corre el derecho individual a la verdad, que halla sustento en la Convención y, a partir de ésta, en el reconocimiento que hace la Corte a través de su Sentencia.

21. Por otra parte, la satisfacción del derecho a la verdad que corresponde a las víctimas, a través de la investigación de los hechos y el enjuiciamiento de los responsables, que se difunde públicamente —como lo ha dispuesto la Corte en los puntos resolutivos de la Sentencia— permite atender además el requerimiento social de saber lo que ha ocurrido. Esta situación guarda parecido con la que se plantea a propósito de la eficacia que tiene, por sí misma, una sentencia declarativa de violación de derechos para reparar el agravio cometido en lo que respecta a la satisfacción moral de la víctima, tema en el que se han ocupado la jurisprudencia internacional y varias resoluciones de la Corte. Esta “ha reiterado en su jurisprudencia que en relación a la solicitud de que el Estado presente una disculpa pública como reparación a las violaciones cometidas, la sentencia sobre el fondo del caso constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para la víctima y sus familiares...”⁵

22. Esta es la primera vez que la Corte se refiere explícitamente al derecho a la verdad, aducido en la demanda de la Comisión. La novedad que la Sentencia aporta en este punto pudiera conducir a mayor exploración en el porvenir, que contribuya a fortalecer el papel de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos como factor de lucha contra la impunidad. La demanda social de conocimiento de los hechos violatorios y el derecho individual al conocimiento de la verdad se dirigen claramente al destierro de la impunidad, que propicia la violación de los derechos humanos.

V. APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA

23. La resolución de la Corte formula también algunas precisiones a propósito de la aplicabilidad al presente caso del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra. Sobre esta cuestión, queda claro que la competencia del tribunal interamericano para dirimir litigios, *ratione materiae*, se circunscribe a las violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto aquél se halla expresamente investido de jurisdicción contenciosa para conocer de los casos relativos a “la interpretación o aplicación” de dicha Convención (artículo 62.1 y 3), a los que pudieran añadirse los expresamente asignados a la Corte por otros tratados o convenios vigentes en América, como ocurre en la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, hipótesis que también se examina en esta Sentencia. Por ello, el tribunal no puede aplicar directamente las normas del Derecho internacional humanitario recogidas en los Convenios de Ginebra, de 1949, y resolver bajo su amparo una controversia, decidiendo que hubo violación de las disposiciones de estos instrumentos convencionales.

24. Lo anterior no impide que, como lo ha señalado la propia Corte,⁶ esas disposiciones del orden internacional humanitario —otra vertiente del sistema internacional que reconoce la condición del individuo como sujeto del Derecho de gentes—, sean tomadas en cuenta para la interpretación de la propia Convención Americana. No se trataría, en la especie, de aplicar directamente el artículo 3 común de los Convenios de Ginebra, sino de admitir los datos que proporciona el conjunto del orden jurídico —al que ese precepto pertenece— para interpretar el sentido de una norma que el tribunal debe aplicar directamente.

25. La Corte puede ir más lejos en su apreciación de este tema, aun cuando no se le requiriese en los términos estrictos de la demanda, y observar la presencia de normas de *jus cogens* a través de la evidente coincidencia —que pone de manifiesto un consenso

6. Cfr. *Caso Las Palmeras, Excepciones preliminares*. Sentencia de 4 de febrero de 2000, párrs. 32–34; en éste, se advierte que la Convención Americana “sólo ha atribuido competencia a la Corte para determinar la compatibilidad de los actos o de las normas de los Estados con la propia Convención, y no con los Convenios de Ginebra de 1949.”

internacional— entre disposiciones de la Convención Americana, de los Convenios de Ginebra y de “otros instrumentos internacionales” —como indica el párr. 209 de la Sentencia— acerca de “derechos humanos inderogables (tales como el derecho a la vida y el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

IV. CUESTIONES PROBATORIAS

A) ADMISIBILIDAD DE PRUEBAS

26. En la Sentencia se examinan algunas cuestiones probatorias que ameritan comentario. Es obvia la importancia y trascendencia de la prueba en un procedimiento jurisdiccional. Se ha dicho, inclusive, que el proceso constituye, en esencia, una amplia oportunidad probatoria dirigida a la acreditación de las condiciones de hecho en las que se sustentan las pretensiones de derecho. A partir de los hechos se construirán las consecuencias jurídicas. Por ende, el juzgador debe poner especial atención en los temas de prueba antes de entrar a la consideración jurídica, y justamente para hacerlo de manera firme y razonablemente segura, a fin de hacer justicia en el caso concreto. Esto lleva a precisar algunos puntos en torno a la admisibilidad, eficacia y valoración de las pruebas, así como sobre las condiciones para su desahogo en el marco natural del sistema acusatorio establecido por la Convención, el Estatuto y el Reglamento de la Corte.

27. En la Sentencia de fondo se advierte que ciertos documentos “carecen de autenticidad, ofrecen otras imperfecciones y no reúnen los requisitos formales mínimos de admisibilidad por no ser posible establecer con exactitud la fuente de la que emanan, así como el procedimiento por medio del cual fueron obtenidos. Estas circunstancias impiden otorgarle valor probatorio a dichos documentos” (párr. 105). En el caso sujeto a examen se trata de documentos atribuidos a agencias gubernamentales, que no han sido reconocidos por éstas, en los que aparecen tachaduras que impiden conocer

íntegramente lo que en ellos se asienta, así como los nombres de los hipotéticos declarantes, cuyos testimonios presentan, y que no pueden ser cuestionados críticamente por la contraparte, conforme a las reglas inherentes al sistema contradictorio, ni analizados puntualmente por el tribunal.

28. La Corte no niega la veracidad de los datos contenidos en esos documentos, que ni siquiera discute. Los rechaza porque no satisfacen los indispensables “requisitos mínimos de admisibilidad”, como indica la Sentencia. Por ende, no es posible entrar a la valoración de aquéllos, que supone su previa admisión. Anteriormente he manifestado mi punto de vista acerca de estas pruebas, en voto concurrente a la Resolución de la Corte del 19 de junio de 1998 en el caso al que se refiere la presente Sentencia. En dicho voto particular analicé con mayor detalle los puntos controvertidos de esta prueba e hice notar, asimismo, que su admisión haría impracticable el cumplimiento de diversas disposiciones terminantes del Reglamento de la Corte, como son las contenidas en los artículos 41 (Preguntas durante los debates), 46 (Citación de testigos y peritos), 47 (Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos) y 48 (Objeciones contra testigos).

29. En mi concepto, no es posible que la Corte admita probanzas que no reúnen los mencionados requisitos mínimos de admisibilidad, con el argumento de que el tribunal dispone de amplia facultad para analizarlos y valorarlos, vinculados con otros datos o circunstancias. En efecto, la admisión de pruebas manifiestamente viciadas alteraría el carácter de un proceso gobernado por principios democráticos y conduciría, llevado el punto a sus naturales consecuencias, a aceptar también otros medios de prueba reprobados por la ley u obtenidos ilícitamente. Así, se llegaría a la conclusión de que son admisibles una confesión o un testimonio obtenidos con intimidación, o incluso tortura del declarante, si a juicio de la Corte aparecen corroborados por otras probanzas y contribuyen a esclarecer los hechos. De esta manera se desvirtua-

ría el proceso y se retornaría a un régimen probatorio ampliamente superado y condenado. En suma, en materia probatoria —como en tantas otras— el fin no justifica los medios. Por el contrario la legitimidad de éstos concurre a legitimar el fin alcanzado. La obtención de una hipotética —y más bien remota— verdad histórica no exime de cumplir los requerimientos que imponen la ley y la buena fe con la que debe conducirse el juzgador.

B) CARGA DE LA PRUEBA

30. Dije ya que en el examen de la violación al artículo 5 de la Convención (Derecho a la integridad personal), la Sentencia pone en relieve un tema procesal interesante, a saber, la carga de la prueba en la hipótesis de desaparición forzada de personas, que pudiera suscitarse asimismo en otros supuestos de violación. En principio, la carga de la prueba —*onus probandi*, que normalmente no constituye un deber, sino una condición a satisfacer para obtener determinada ventaja procesal— corresponde a quien afirma un hecho en el que sustenta, total o parcialmente, la pretensión que esgrime. Esta regla no puede ser aplicada en términos absolutos dentro del proceso tutelar de los derechos humanos, como no podría serlo en ninguna vertiente procesal dominada por el principio de verdad histórica. Es evidente, por una parte, que en la primera etapa del procedimiento corresponde a la Comisión investigar los hechos de manera objetiva e integral, con independencia de las afirmaciones que hagan los participantes, precisamente para conocer la verdad histórica, y más todavía lo es, por la otra, que esa misma función debe asumir la Corte en la etapa procesal que le concierne.

31. Ahora bien, hay hipótesis en que la carga probatoria se desplaza naturalmente de quien afirma un hecho a quien lo niega, cuando éste se encuentra en mejores condiciones de probar lo que manifiesta —el hecho o la situación en los que sustenta su defensa—, tomando en cuenta las circunstancias del caso. Es esto lo que im-

plica, a mi juicio, la expresión contenida en la Sentencia, que tiene precedentes en otras decisiones del tribunal y cuenta con correspondencia, también citada, en alguna decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: “en casos de desaparición forzada la defensa del Estado no puede descansar en la imposibilidad del demandante de allegar prueba al proceso, dado que, en dichos casos, es el Estado quien detenta el control de los medios para aclarar los hechos ocurridos bajo su jurisdicción y por ello se depende, en la práctica, de la cooperación del propio Estado para la obtención de las pruebas necesarias” (párr. 152 de la Sentencia).

32. En mi concepto, ha hecho bien la Corte al no establecer en su Sentencia un principio universal y rígido acerca de la carga de la prueba, que de esta suerte mantiene su carácter relativo. En efecto, si bien es cierto que la regla pudiera corresponder —lo mismo cuando fija la carga que cuando dispensa de ella— a la generalidad de los casos, conforme a su naturaleza regular, también lo es que las circunstancias en que aquéllos se presentan introduce, *a fortiori*, un correctivo pertinente, cuya consecuencia podría ser la inversión de la carga, es decir, la inobservancia de la regla general, justamente en bien de la justicia, que depende más de la realidad de las cosas que de la abstracta racionalidad de principios que pudieran resultar irracionales, y en seguida injustos o inequitativos, en la concreta realidad de los hechos controvertidos.

33. En casos como la desaparición forzada —y algunos más, entre ellos, por ejemplo, la demostración de que los recursos de la jurisdicción interna son accesibles y eficaces, otro tema muy explorado—, el Estado se halla mejor dotado para asumir la función de probar lo que niega, que el particular para acreditar lo que afirma. Con todo, ni siquiera esta experiencia frecuentemente corroborada debiera llevar a la adopción de una regla inmutable: es posible aceptar la eficacia general del principio, no así su aplicabilidad universal.

Restitutio in integrum. Especificidad cultural.
Satisfacción honorífica. Cálculo de daños
y resarcimiento

Caso Bámaca Velásquez (Guatemala).
Sentencia de reparaciones: 22 de febrero de 2002

VOTO

1. *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

En su parte considerativa (párr. 39), la sentencia a la que se refiere este voto señala, de nueva cuenta, que “la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior”.

A este respecto, es pertinente recordar que la jurisprudencia y la doctrina internacionales entienden, de tiempo atrás, que la *restitutio in integrum* es la forma perfecta de reparación, y que sólo en la medida en que dicha *restitutio* no resulte accesible procede acordar otras medidas reparatorias. Esta ha sido la línea seguida, reiteradamente, por la Corte Interamericana en un buen número de resoluciones. Estimo conveniente abandonar de una vez las referencias a la *restitutio*, que puede servir como horizonte ideal de las reparaciones, pero no corresponde a un objetivo verdaderamente alcanzable. Por ende, carece de sentido, en mi concepto,

insistir en que “la reparación requiere, siempre que sea posible, la plena restitución”.

Restitutio in integrum significa, en sentido estricto —que es también su alcance literal—, restitución de las cosas al estado que guardaban antes de que ocurriera la conducta ilícita y se vieran afectados los bienes jurídicos de ciertas personas. Eso es lo que se dice y se pretende al hablar de “*plena restitución*”, que no es una restitución a secas, inevitablemente parcial y relativa. Aquella restitución plena —que implica un retorno pleno— es conceptual y materialmente imposible.

Cuando se teme la comisión de un delito o la realización de un hecho contrario a la norma, hay que echar mano de medidas preventivas que impidan la lesión o alejen el peligro. Ahora bien, el delito o el hecho ilícito —sea que se consumen, sea que permanezcan en algún punto del proceso ejecutivo— traen consigo una alteración irreversible que ninguna *restitutio* podría desconocer o suprimir. Esto se mira claramente cuando viene al caso la muerte de una persona, pero también acontece en otras hipótesis: así, en el supuesto de la privación de libertad, que suele mencionarse como medida eminentemente reparable. En tal caso será factible colocar nuevamente al individuo en el goce de su libertad, pero no lo será devolverle la libertad perdida, o dicho de otra manera, hacer que retorne a un momento anterior al instante en que ocurrió esa pérdida. Hacerlo sería mucho más que una reparación jurídica: un verdadero milagro. Otro tanto se puede decir del quebranto de la salud, que puede ser reparada, o de la destrucción de un objeto, que puede ser sustituido.

En fin de cuentas, la *restitutio* sólo representa un punto de referencia, un horizonte ideal, en el doble sentido de la palabra: una idea y un arribo inalcanzable. Lo que se quiere —mejor todavía: lo único que se puede— no es tanto restituir íntegramente la situación previa a la violación cometida —en su tiempo, su espacio, sus características, su absoluta continuidad, para siempre modificados—, sino construir una nueva situación que se asemeje, tan fielmente como sea posible, a la que antes se tuvo. Con es-

te propósito es que se aportan al sujeto elementos de reparación, compensación, satisfacción, retribución, liberación, complemento, sustitución, etcétera. Así se rescatarán los bienes jurídicos de la víctima, al menos en parte, y se le colocará en una posición muy parecida a la que antes tuvo. Empero, lo perdido se habrá perdido para siempre. De esta diferencia inevitable entre lo que fue y lo que puede ser resulta, lógicamente, el sistema de reparaciones en su vertiente resarcitoria.

2. CONSIDERACIÓN DE LA ESPECIFICIDAD CULTURAL

La sentencia de reparaciones a la que se refiere este voto toma en cuenta la forma en que la pertenencia de la víctima y de sus más cercanos familiares a un grupo étnico indígena puede influir sobre el pronunciamiento de la Corte y determinar los fundamentos, e incluso las características, de las reparaciones ordenadas. En otros asuntos —así, los *Casos Aloeboetoe y otros y Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*—, el tribunal avanzó en la apreciación de derechos vinculados a esa pertenencia étnica, con su correspondiente patrimonio cultural, del que derivan o pueden derivar derechos específicos o modalidades, también particulares, de derechos de general observancia.

La apreciación de tales derechos o de las características de los derechos generales, no relativiza por fuerza el concepto de los derechos humanos, de manera que establezca fronteras y compartimientos que debiliten la tutela del individuo. Por el contrario, amplía racionalmente el ámbito de los derechos de una persona, reconoce sus rasgos propios —que se instalan sobre los rasgos comunes, inderogables, radicales, de la especie humana— y extrae de todo ello consecuencias jurídicas que concurren a establecer y garantizar la defensa de la dignidad del ser humano, no sólo en abstracto —dentro de la especie—, sino en concreto —dentro de un grupo, una etnia, una familia, un pueblo—; en fin, reconoce la individualidad del sujeto con su amplia gama de particularidades y matices. Es así que se transita del ser humano genérico al ser hu-

mano específico, en el que encarna la realidad. En este tránsito se enriquece el Derecho y se perfeccionan los derechos.

Al referirse a la obligación del Estado y al derecho de los particulares a propósito de la localización, exhumación y entrega de los restos del señor Efraín Bámaca Velásquez, la sentencia ha tomado en cuenta, por una parte, el derecho que asiste a los familiares de una persona que ha fallecido de recibir los restos mortuorios de ésta, independientemente de cualesquiera consideraciones étnicas, religiosas, culturales que particularicen el caso. Se trata de un derecho universal, irreductible. La misma sentencia de la Corte Interamericana ha considerado, por otra parte, la relevancia específica que la recepción, la honra y la adecuada inhumación de esos restos poseen en la cultura maya, etnia mam, a la que perteneció la víctima y pertenecen sus allegados. No hay conflicto alguno entre estos derechos, que son manifestaciones o círculos concéntricos de una misma facultad jurídicamente tutelada. Esta cercanía esencial entre los derechos no lleva a desentenderse de uno —el vinculado con la pertenencia a la etnia indígena—, por el hecho de que se reconozca otro —el derecho universal a recibir y sepultar dignamente los restos del familiar.

3. SATISFACCIÓN HONORÍFICA

A mi juicio es pertinente la decisión de publicar el capítulo de hechos probados y los puntos resolutive de la sentencia, a título de reparación, en el “Diario Oficial” y en otro diario de circulación nacional. Lo primero atiende al carácter formal de la resolución jurisdiccional, y lo segundo a la conveniencia de que la opinión pública tome conocimiento de la conclusión y del sentido de la resolución jurisdiccional de este litigio, como lo tuvo —o pudo tenerlo— de los hechos constitutivos de violación. Así se amplía el ámbito de las reparaciones que la Corte puede acordar, conforme a las circunstancias de cada caso.

La publicación y el desagravio sirven a un triple objetivo: a) por una parte, la satisfacción moral de las víctimas o sus derecho-

habientes, la recuperación de una respetabilidad y un crédito que pudieron verse mellados por versiones y comentarios erróneos o falaces; b) por la otra, la formación y el fortalecimiento de una cultura de la legalidad en favor, sobre todo, de las nuevas generaciones; y c) finalmente, el servicio a la verdad en bien de los agraviados y de la sociedad en su conjunto. Todo ello se inserta en el amplio régimen de reconocimiento y tutela de los derechos y en la correspondiente preservación de los valores de una sociedad democrática. En suma, la reparación del daño en este caso reviste efectos resarcitorios y preventivos; en este último sentido, considera la necesidad de prevenir la reiteración de conductas como la que dio origen al procedimiento ante las instancias internacionales.

Creo que la Corte pudo ir más lejos en este aspecto de la sentencia, habida cuenta de las condiciones particulares del caso y de sus protagonistas, es decir, conforme a las circunstancias que concurren a trazar el panorama completo del caso y de sus repercusiones sociales y jurídicas. La atención pública —con sus diversas consecuencias— no se presentó solamente en territorio guatemalteco, aunque éste fuera su ámbito natural y principal. Considérese que la señora Jennifer Harbury vive y trabaja en los Estados Unidos de América, de los que es ciudadana, y en este país llevó a cabo diversas acciones tendientes al esclarecimiento de los hechos.

Si se atiende al conjunto de las circunstancias y al propósito de la medida de satisfacción que entraña esta especie de reparaciones, resultaría pertinente que la sentencia se publicase asimismo en el lugar donde reside la persona afectada por el juicio de la opinión pública. En efecto, se trata de que ésta encuentre debida satisfacción social precisamente en el medio donde normalmente se encuentra y desenvuelve. Mediante la difusión de ciertos capítulos de la sentencia no sólo se procura informar al público sobre un hecho relevante, sino también atraer el aprecio social hacia quienes se vieron involucrados en aquél y padecieron injustamente la vulneración de sus derechos.

4. CÁLCULO DE DAÑOS Y RESARCIMIENTO

Coincido con mis colegas en la adopción de un criterio de equidad para la definición de las sumas que corresponden a la reparación de los daños materiales e inmateriales causados por la violación de derechos humanos en el presente caso, e igualmente comparto la posición de la sentencia en lo relativo a la cuantía fijada bajo ese concepto. En el asunto sujeto al conocimiento de la Corte no había elementos probatorios que permitieran una precisión mejor. En todo caso, estimo plausible que se haya desestimado —aun cuando se trate sólo del caso sujeto a estudio— la regla acogida en diversas sentencias de la Corte a propósito de los ingresos futuros de la víctima, cuando ésta pierde la vida y se plantea la necesidad de entregar ciertas cantidades a sus derechohabientes. En esta materia se ha conformado, de tiempo atrás, un punto de referencia que estimo inadecuado. En diversas ocasiones se ha dicho que de la cantidad que resulte de la apreciación sobre los ingresos del sujeto y la expectativa media de vida en condiciones regulares —temas, a su vez, siempre discutibles—, habrá que deducir un veinticinco por ciento en concepto de gastos personales de la víctima a lo largo de su vida futura, y conceder la suma restante, es decir, el setenta y cinco por ciento del total, a sus derechohabientes.

En la realidad de la economía, una realidad severa con la mayor frecuencia —que marca la perspectiva para las reflexiones de la Corte y la adopción de determinada metodología—, un individuo difícilmente podría reservar para sí ese veinticinco por ciento de sus percepciones y destinar a sus allegados la porción restante. Las bajas remuneraciones que percibe la mayoría de las personas, sobre todo en los sectores sociales a los que suelen corresponder las víctimas de violación de derechos humanos en los casos sujetos a la jurisdicción de la Corte Interamericana, rara vez permitirán una distribución de ese carácter.

Ni el sujeto del que depende la economía familiar puede disponer del veinticinco por ciento de sus ingresos, ni el otro seten-

-
- *Restitutio in integrum*
 - Especificidad cultural
 - Satisfacción honorífica
 - Cálculo de daños y resarcimiento
-

ta y cinco por ciento bastaría, ordinariamente, para satisfacer las necesidades familiares. En fin de cuentas, la apreciación sobre estos conceptos debiera depender de otros criterios, más puntuales y realistas, y por ello individualizados adecuadamente. Es evidente que las dificultades que plantea el cálculo de estos extremos determinarán a menudo que la cifra se establezca con fundamento en la equidad, como se ha hecho en la sentencia a la que corresponde este *Voto*.

Derechos de integrantes de una comunidad indígena

Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni (Nicaragua). Sentencia: 31 de agosto de 2001

La Comunidad Mayagna de Awas Tingni en Nicaragua, funciona bajo una estructura tradicional, de carácter consuetudinario, reconocida por la Constitución de Nicaragua y el Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica de dicho país. Subsiste de la agricultura familiar y comunal, recolección de frutas y plantas medicinales, caza y pesca. Realiza sus actividades dentro de cierto territorio, conforme al sistema tradicional de tenencia de la tierra. El Estado otorgó a una empresa privada una concesión para realizar, en ese ámbito, trabajos de construcción de caminos y explotación maderera, sin el consentimiento de la comunidad, cuyas tierras no están demarcadas y que sostuvo no haber tenido acceso a un procedimiento adecuado para la tutela de sus derechos.

La Corte resolvió que hubo violación de los artículos 21 (Derecho a la Propiedad) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dispuso que el Estado debía adoptar en su derecho interno diversas medidas legislativas, administrativas y de otro carácter, así como delimitar, demarcar y titular las tierras en cuestión, cubrir determinadas sumas en concepto de indemnización e invertir, por concepto de reparación de daño inmaterial, una cantidad destinada a financiar obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la Comunidad Mayagna.

VOTO

1. Coincido con el voto mayoritario de los Jueces que integran la Corte en la Sentencia de fondo y reparaciones del presente caso, que declara la existencia de violaciones a los artículos 21 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en agravio de la Comunidad Mayagna Awas Tingni. Para llegar a esta decisión, la Corte examinó cuidadosamente las pretensiones de los peticionarios, planteadas ante esta jurisdicción por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como la posición del Estado —que explícitamente reconoció derechos de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni y sus integrantes (párr.152. de la Sentencia)—, las pruebas desahogadas en la audiencia respectiva y otros elementos de conocimiento que figuran en el expediente. Con este sustento, la Corte ha hecho una interpretación pertinente, a mi modo de ver, del artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

2. En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene y a las demás que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que *infra* se hace referencia, y la regla *pro homine*, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos —frecuentemente invocado en la jurisprudencia de la Corte—, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.

3. El artículo 29 de la Convención Americana, relativo a la interpretación de este instrumento, manifiesta que ninguna de sus disposiciones podrá ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes (...)”. En otros términos, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello —aun si ésta contuviera restricciones o limitaciones de derechos precedentes, que no es el caso— las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. Estas no se ven excluidas por los derechos que reconoce la Convención, sino se concilian con ellos para precisar su alcance, o se añaden a éstos para integrar el creciente catálogo de los derechos humanos.

4. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone, en el citado artículo 31.1: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin”. En la especie, el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se concentran en el reconocimiento de la dignidad humana y de las necesidades de protección y desarrollo de las personas, en la estipulación de compromisos a este respecto y en la provisión de instrumentos jurídicos que preserven aquélla y realicen éstos. Por otra parte, al examinar el sentido corriente de los términos del tratado que ahora se aplica —es decir, la Convención Americana—, es preciso considerar el alcance y significado —o los alcances y significados— que en los países de América tiene el término “propiedad”.

5. Es relevante mencionar aquí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva OC-16/99 (*El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*) hizo ver que “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e ins-

1. Párr. 113.

2. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 ad31

trumentos formalmente relacionados con éste (...), sino también el sistema dentro del cual se inscribe”,¹ y a tal efecto citó a la Corte Internacional de Justicia cuando ésta sostiene que “un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del conjunto del sistema jurídico vigente en el momento en que se practica la interpretación”.² Así lo ha hecho la Corte Interamericana al dictar Sentencia en el presente caso.

6. Diversos instrumentos internacionales concernientes a la vida, cultura y derechos de los indígenas invocan el reconocimiento explícito de sus instituciones jurídicas y, entre ellas, de las formas de propiedad que han prevalecido y prevalecen entre aquéllos. De la revisión de estos textos, a la que acude una amplia corriente de convicciones, experiencias y exigencias, se desprenden la legitimidad que tienen y el respeto que merecen esos sistemas de tenencia de la tierra, así como la necesidad que existe, en tal virtud, de proveer a su reconocimiento y defensa. El ámbito de los derechos individuales de los indígenas y colectivos de sus pueblos se integra, por ende, con las estipulaciones de los instrumentos generales sobre derechos humanos, aplicables a todas las personas, ilustradas con los datos que constan en esos otros catálogos específicos, acerca de los cuales existe un consenso cada vez más amplio y resuelto. Estos datos constituyen elementos útiles —más todavía, indispensables— para la interpretación de las normas convencionales que debe aplicar la Corte.

7. En este orden de ideas, el Convenio No. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, adoptado por la 76ª Conferencia Internacional del Trabajo (Ginebra, 1989), animado por la idea de la existencia perdurable de los pueblos indígenas y tribales —con respeto a su identidad y a las instituciones que son producto y resguardo de ésta—, sostuvo que “los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o

utilizan de alguna otra manera, y en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1); y señaló asimismo: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo 14.1).

8. El Proyecto de Declaración sobre Discriminación contra las Poblaciones Indígenas, emanado de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas³ se refiere claramente a estas mismas cuestiones y contribuye a fijar, de esa manera, el criterio de la comunidad jurídica internacional en torno a los temas que atañen a los grupos indígenas y a sus integrantes. En efecto, el artículo 2 estipula: “Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar (...) sus sistemas jurídicos (...)”. Adelante, el artículo 25 señala que esos pueblos “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual y material con sus tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado o utilizado de otra forma y a asumir las responsabilidades que a ese propósito les incumben respecto de las generaciones venideras”; y el artículo 26, que afirma el derecho de esos pueblos a “poseer, desarrollar, controlar y utilizar sus tierras y territorios”, advierte que ello “incluye el derecho al pleno reconocimiento de sus leyes, tradiciones y costumbres, sistemas de tenencia de la tierra (...) y el derecho a que los Estados adopten medidas eficaces para prevenir toda injerencia, usurpación o invasión en relación con estos derechos”.

3. E/CN.4/Sub.2/
1994/2/Add.1, 20 de abril
de 1994.

9. A su turno, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 27 de febrero de 1997, que se refiere a la existencia, relevancia y respetabilidad de derechos individuales y colectivos de los indígenas, establece: “Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de su posesión, dominio y

disfrute de territorios y propiedad” (artículo XVIII.1); y manifiesta que dichos pueblos “tienen derecho al reconocimiento de su propiedad y de los derechos de dominio con respecto a las tierras, territorios y recursos que han ocupado históricamente, así como al uso de aquellos a los cuales hayan tenido igualmente acceso para realizar sus actividades tradicionales y de sustento” (idem, párr. 2).

10. Diversos ordenamientos iberoamericanos contienen disposiciones semejantes, inspiradas en una misma experiencia histórica y cultural. Entre ellos figura la Constitución de Nicaragua, país bajo cuya jurisdicción se halla la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, localizada en el ámbito de la Costa Atlántica de ese país centroamericano. Dicha Constitución, bajo el rubro “Derechos de las comunidades de la Costa Atlántica”, establece: “El Estado reconoce las formas comunales de propiedad de las tierras de la Comunidad de la Costa Atlántica. Igualmente reconoce el goce, uso y disfrute de las aguas y bosques de sus tierras comunales”. Este reconocimiento categórico debe ser considerado a la hora de interpretar y aplicar la Convención Americana, conforme al ya citado artículo 29. a) de ésta.

11. En el examen de este caso, el tribunal se planteó el alcance del artículo 21 de la Convención Americana, que bajo el epígrafe “Derecho a la Propiedad Privada” reconoce que “(t)oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes”. En el examen de esta cuestión, se tuvieron a la vista los trabajos preparatorios de la Convención, de los que se desprende el proceso seguido hasta culminar en la expresión que hoy contiene el artículo 21. En un primer momento se propuso recoger en este precepto, explícitamente, el derecho a la propiedad privada. Posteriormente varió la fórmula para quedar como actualmente aparece: derecho al uso y goce de bienes. Son estos los extremos que caracterizan el derecho de los sujetos amparados por la Convención. Obviamente, no existe sólo un modelo de uso y goce de bienes. Cada pueblo, conforme a su cultura, intereses, aspiraciones, costumbres, características y

creencias puede instituir cierta versión del uso y goce de los bienes. En suma, se trata de conceptos históricos que deben ser examinados y entendidos desde esta misma perspectiva.

12. En diversos países de América, los grupos étnicos indígenas, cuyos antepasados —pobladores originales del Continente— construyeron antes de la conquista y colonización instituciones jurídicas que se mantienen vigentes, en cierta medida, establecieron especiales relaciones de hecho y de derecho a propósito de la tierra que poseían y de la que obtenían sus medios de subsistencia. Estas figuras jurídicas, que traducen el pensamiento y el sentimiento de sus creadores y se hallan revestidas de plena legitimidad, enfrentaron la erosión de múltiples medidas adoptadas a partir de la conquista. Empero, han sobrevivido hasta nuestros días. Diversas legislaciones nacionales las han reasumido y cuentan con el respaldo de sendos instrumentos internacionales, que reivindican los intereses legítimos y los derechos históricos de los primitivos habitantes de América y de sus sucesores.

13. En ese caso se halla el régimen de la propiedad indígena, que no excluye otras formas de propiedad o tenencia de la tierra —producto de un proceso histórico y cultural diferente—, sino concurre con ellas en la formación del amplio y plural espacio de los derechos con que cuentan los habitantes de diversos países americanos. Este conjunto de derechos, que se hallan comunicados por coincidencias esenciales —la idea nuclear del uso y aprovechamiento de los bienes—, pero muestran asimismo diferencias importantes —sobre todo en orden a la disposición final de esos bienes—, constituyen el sistema de propiedad que caracteriza a la mayoría de nuestros países. Desconocer las versiones específicas del derecho al uso y goce de los bienes que consagra el artículo 21 de la Convención Americana, y pretender que únicamente existe una forma de usar y disfrutar de los bienes, equivaldría a negar a millones de personas la tutela de ese precepto, sustrayéndolos así del reconocimiento y la protección de derechos esenciales, que se

brindan, en cambio, a las demás personas. De esta suerte, lejos de asegurar la igualdad de todas las personas, se establecería una desigualdad contraria a las convicciones y a los propósitos que inspiran el sistema continental de los derechos humanos.

14. En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. En mi concepto, esta forma de analizar el tema, para los fines de la presente Sentencia, no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcance vinculados con aquéllos, como son los de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que he invocado en este voto. Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes —individuales y colectivos—, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas.

15. En el curso de la audiencia realizada para recibir pruebas sobre el fondo del litigio que la Corte ha juzgado, se recibieron dictámenes que aluden directamente al punto mencionado en el párrafo anterior. Así, el perito Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum hizo notar —como se lee en la versión sintética de su dictamen verbal, recogido en esta Sentencia— que “(e)n ciertos contextos históricos los derechos de la persona humana se garantizan y se pueden ejercer plenamente sólo si se reconocen los derechos de la colectividad y de la comunidad a la que pertenece esta persona desde su nacimiento y de la que forma parte y la cual le da los elementos necesarios para poder sentirse plenamente realizado como ser humano, que significa también ser social y cultural”.

16. En la historia de los países que hoy conforman la América Latina, ha proliferado el asedio contra las expresiones colectivas del Derecho indígena, que vulneran inmediatamente los derechos individuales de los miembros de las comunidades, como los de éstas en su conjunto. Otro perito cuyo dictamen escuchó la Corte, Roque de Jesús Roldán Ortega, se refirió a este aspecto de la cuestión. Manifestó en la emisión de su dictamen, verbalmente: “La experiencia que existe en América Latina en relación con el tema de la propiedad comunal es muy ejemplificativa. Toda la política de los Estados Latinoamericanos se orientó, durante casi 180 años, a buscar la liquidación de las formas de propiedad colectiva y las formas de gobierno autónomas de los pueblos indígenas. Esto contribuyó a liquidar gran parte de los pueblos indígenas, a llevarlos no sólo a su desaparición cultural sino a su desaparición física”.

17. La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contribuye al reconocimiento de unas relaciones jurídicas específicas, que concurren a integrar el estatuto característico de una buena parte de los habitantes de América, cada vez mejor comprendido y reconocido por las legislaciones nacionales y los instrumentos internacionales. El tema de esta Sentencia, y por ende ella misma, se sitúa en un punto de convergencia entre derechos civiles y derechos económicos, sociales y culturales; dicho de otra manera: se halla en el punto al que concurren el Derecho civil y el Derecho social. La Convención Americana, aplicada en los términos de la interpretación que ella misma autoriza, y que además figura en las reglas de la materia conforme al Derecho de los Tratados, debe significar y en efecto significa un sistema normativo de protección segura para los indígenas de nuestro Continente, no menos que para los otros pobladores de los países americanos a los que llega el sistema tutelar de la Convención Americana.

Hechos planteados fuera de la demanda. Derecho de propiedad. Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales

Caso Cinco Pensionistas (Perú). Sentencia: 28 de febrero de 2003

Una nueva legislación (Perú) modificó las pensiones asignadas a los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz–Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez y Maximiliano Gamarra Ferreira, conforme a las disposiciones vigentes hasta el año 1992. Asimismo, hubo incumplimiento de sentencias favorables a los peticionarios, dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Tribunal Constitucional del Perú. Los mandamientos judiciales ordenaron al Estado “el pago a los pensionistas de una pensión por un monto calculado de la manera establecida en la legislación vigente para el momento en que éstos comenzaron a disfrutar de un determinado régimen pensionario”.

La Corte consideró que el Estado había violado los artículos 21 (Derecho a la Propiedad) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), en conexión con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, y debía realizar las investigaciones correspondientes y aplicar las sanciones pertinentes a quienes resultaran responsables del desacato a las sentencias judiciales, así como cubrir una indemnización a las víctimas por daño inmaterial, gastos y costas. Las consecuencias patrimoniales de la violación del derecho a la propiedad se establecerán por los órganos nacionales competentes.

VOTO

Concurro con mis colegas en la emisión de la Sentencia correspondiente al *Caso Cinco Pensionistas vs. Perú*, sin perjuicio de exponer las razones que tomé en cuenta para emitir mi voto coincidente en relación con diversos puntos analizados en esa decisión.

1. HECHOS PLANTEADOS FUERA DE LA DEMANDA

La tendencia que se observa claramente en los sucesivos Reglamentos de la Corte —sobre todo en el vigente, del año 2000— ha llevado al establecimiento de crecientes derechos procesales de la presunta víctima. Así se reivindica en el proceso la dignidad y la actividad del individuo afectado por la violación de la norma. Con ello se marca, en mi concepto, la mejor opción para el presente y el mejor camino para el futuro del sistema interamericano, aunque aún se halle distante el punto de llegada.

Este reconocimiento de derechos procesales tiene un límite, naturalmente: las normas de la Convención Americana y otros tratados que puede aplicar la Corte. En este marco se ha movido el Tribunal al regular el actual desempeño procesal de la presunta víctima, quien es, indudablemente, titular de bienes jurídicos lesionados y de los correspondientes derechos vulnerados. Esta titularidad convierte a la víctima en sujeto de la relación material controvertida; aquélla es, en consecuencia, parte en sentido material. La Comisión, en cambio, es solamente parte en sentido formal, conforme a la conocida caracterización carnelluttiana: se le atribuye la titularidad de la acción procesal para reclamar en juicio el pronunciamiento de la jurisdicción internacional.

Por ahora, la Convención deposita esta última facultad, que legitima el acceso directo a la Corte, tanto en la Comisión como en los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte, pero no la ha conferido —en este momento de la evolución del sistema— a los individuos afectados por la violación de sus de-

rechos. Se ha sugerido en algunas oportunidades, de *lege ferenda*, la posibilidad de reconocer esta legitimación a los particulares, como ocurre ya en el sistema europeo. Obviamente, este reconocimiento dependerá de los progresos y las capacidades del sistema interamericano, que se está desarrollando con paso firme.

La acción procesal se manifiesta en el acto jurídico de la demanda, con la que se promueve la actuación jurisdiccional. Aquélla reviste importancia crucial para definir el tema del proceso. En la demanda, que sólo puede presentar la Comisión Interamericana —o un Estado, como antes dije—, se recogen los hechos examinados en la previa etapa ante la Comisión Interamericana, y en ella misma se acota la materia del proceso que comienza. La sentencia deberá analizar y resolver sobre esos hechos, en forma congruente e integral. De tal suerte, la defensa del Estado frente a las pretensiones que propone la Comisión —y que se hacen valer por medio de la acción procesal— se concentra en los hechos aducidos en la demanda (sin perjuicio del supuesto excepcional de los hechos supervinientes) por quien se encuentra legitimado para formular ésta. En suma, compete únicamente a la Comisión, en su desempeño como demandante, aducir los hechos que constituirán el contenido fáctico del proceso y de la sentencia.

A título de Tribunal de conocimiento y sentencia, la Corte Interamericana tiene la facultad de aplicar el derecho a los hechos controvertidos, precisando sus consecuencias jurídicas en orden a la responsabilidad internacional del Estado. Para tal fin, la Corte escucha las alegaciones que se hagan ante ella, pero no está supe-ditada a las mismas. La Comisión puede y debe, en cumplimiento de un deber funcional, exponer su punto de vista sobre la caracterización jurídica de los hechos violatorios. Sin embargo, si no lo hace o éste no resulta persuasivo para la Corte, ésta podrá y deberá suplir aquél con su propio criterio.

Por otra parte, nada impide que la presunta víctima o sus representantes llamen la atención del tribunal sobre la aplicación del derecho a los hechos controvertidos en el proceso, aun cuando el parecer que expresen en este caso difiera del sostenido por

la Comisión Interamericana. No podrían, en cambio —como ya indiqué—, traer al proceso hechos diferentes de los contenidos en la demanda. Finalmente, será la Corte quien disponga lo pertinente, considerando la presentación de los hechos y los razonamientos jurídicos de la Comisión, planteados con la legitimación que la Convención reconoce al demandante, y tomando en cuenta, asimismo, los puntos de vista que sobre este último extremo puedan proporcionarle la presunta víctima o sus representantes en ejercicio de las facultades procesales que les corresponden.

2. VIOLACIÓN DEL DERECHO A LA PROPIEDAD

La Corte ha considerado, con el voto unánime de sus integrantes, que en este caso hubo violación al derecho de propiedad de los pensionistas. Sin embargo, es preciso observar que el derecho reclamado por los quejosos fue amparado por resoluciones del Poder Judicial del Perú, cumplidas con posterioridad a la presentación de la demanda, y por lo tanto, después de que se definió la materia del proceso que culminaría en la presente Sentencia de la Corte Interamericana. Esto explica que en el proceso se tomase en cuenta una violación que cesaría posteriormente.

Al definir la existencia de una violación, es preciso considerar la conducta del Estado en su conjunto. Si un órgano de éste enfrenta y remedia adecuada y oportunamente la violación cometida por otro, no surgirá la responsabilidad internacional del Estado. Es por ello, precisamente, que el acceso al sistema interamericano se halla condicionado al previo agotamiento de los recursos del orden interno. Se espera que éstos resuelvan el litigio, remediando la violación cometida, de ser el caso. Sólo cuando esto no ocurra, quedará franca la opción por la vía internacional. De ahí la importancia de la jurisdicción interna, que tiene carácter prioritario con respecto a la internacional. Esta sólo actúa de manera subsidiaria.

En el caso al que se refiere esta sentencia, los tribunales peruanos emitieron las pertinentes resoluciones de garantía para asegurar los derechos de los quejosos hasta que hubiese pronun-

ciamiento de fondo sobre aquéllos. Empero, la administración se abstuvo de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales. Esta situación de incumplimiento se prolongó durante un tiempo a todas luces excesivo. En mi concepto, la violación al artículo 21 de la Convención se encuentra estrechamente asociada, en el presente caso, con la violación al artículo 25 de dicho tratado. De la prolongada e injustificada inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales internas deriva, pues, el quebranto al derecho de propiedad, que no habría existido si esas resoluciones hubiesen sido acatadas por la administración, en forma pronta y completa.

3. PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Este tema resulta novedoso, todavía, para la jurisdicción interamericana. En diversos casos, la Corte ha examinado derechos civiles que lindan con cuestiones económicas, sociales y culturales, pero aún no ha tenido la oportunidad de entrar de lleno en esta última materia, por sí misma, y tampoco ha podido pronunciarse acerca del sentido que posee la denominada progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales que contempla el artículo 26 de la Convención y recoge el Protocolo de San Salvador.

Cabe suponer que la Corte podrá examinar esta relevante materia en el futuro. Habrá ocasión, pues, de subrayar de nueva cuenta la jerarquía de esos derechos, que no tienen menor rango que los civiles y políticos. En rigor, ambas categorías se complementan mutuamente y constituyen, en su conjunto, el “estatuto básico” del ser humano en la hora actual. El Estado, comprometido a observar sin condición ni demora los derechos civiles y políticos, debe aplicar el mayor esfuerzo a la pronta y completa efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, disponiendo para ello de los recursos a su alcance y evitando retrocesos que mermarían ese “estatuto básico”.

Este caso no ha permitido avanzar en tan relevante tema, por las razones aducidas al final del capítulo IX de la Sentencia. Em-

pero, en ésta figuran algunas consideraciones, formuladas brevemente, que conviene destacar. Una de ellas es la manifestación explícita hecha por la Corte de que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Entiendo que esa dimensión individual se traduce en una titularidad asimismo individual: de interés jurídico y de un derecho correspondiente, que pudieran ser compartidos, por supuesto, con otros miembros de una población o de un sector de éste.

A mi juicio, el tema no se resume en la mera existencia de un deber a cargo del Estado, que deberá orientar sus tareas en el sentido que esa obligación establece, teniendo a los individuos como simples testigos a la expectativa de que el Estado cumpla el deber que le atribuye la Convención. Esta constituye una normativa sobre derechos humanos, precisamente, no apenas sobre obligaciones generales de los Estados. La existencia de una dimensión individual de los derechos sustenta la denominada “justiciabilidad” de aquéllos, que ha avanzado en el plano nacional y tiene un amplio horizonte en el internacional.

Por otra parte, la Corte dejó dicho en la sentencia a la que corresponde este voto que la progresividad de los derechos de referencia —un tema ampliamente debatido— se debe medir “en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión, en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social”. Con sustento en esa ponderación el Tribunal apreciará el cumplimiento del deber estatal y la existencia del derecho individual, y podrá resolver el litigio específico que tenga a la vista. Al considerar que el presente caso no sustentaría adecuadamente una ponderación de este carácter, habida cuenta de sus peculiaridades, el tribunal puso de manifiesto, no obstante, el vínculo entre el movimiento progresivo de los derechos mencionados, por una parte, y la proyección que éste tiene “sobre el conjunto de la población” y el ingrediente de “equidad social” que debe caracterizar a esa progresividad, por la otra.

-
- Hechos planteados fuera de la demanda
 - Derecho de propiedad
 - Progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales
-

Habida cuenta de los límites que la propia Corte dio a su pronunciamiento en función de las características del caso *sub judice* no considero procedente ir más lejos en este voto concurrente. El tema sugiere, como es evidente, muchas consideraciones adicionales que traerá consigo el desarrollo de la jurisprudencia interamericana sobre una de las cuestiones más actuales y trascendentes en el sistema de los derechos humanos en nuestra región.

Deber de justicia penal. Obstáculos internos

Caso Benavides Cevallos (Ecuador). Resolución: 9 de septiembre de 2003

La profesora Consuelo Benavides Cevallos fue detenida arbitrariamente, torturada y privada de la vida por agentes del Estado. Este se allanó a las pretensiones formuladas por la Comisión y, en consecuencia, cesó la controversia sobre los hechos. En sentencia del 19 de junio de 1998, la Corte reconoció la existencia de violaciones a los artículos 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica), 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), en conexión con el artículo 1.1, de la Convención Americana, aprobó el acuerdo entre el Estado y los familiares de la víctima en materia de reparaciones y dispuso que aquél llevara adelante las investigaciones conducentes a la sanción a los responsables de los hechos violatorios. El Estado adujo la prescripción como obstáculo para el ejercicio de la justicia penal en contra de éstos. En la resolución de 9 de septiembre de 2003 la Corte rechazó este argumento, que contraviene compromisos internacionales del Estado.

VOTO

1. La violación de derechos humanos, que entraña responsabilidad internacional del Estado, trae consigo un “deber de justicia penal” a cargo de éste, entre otras consecuencias correspondientes al régimen de reparaciones.

2. La afirmación de dicho deber de justicia penal apareció en las primeras sentencias del tribunal interamericano y se ha mantenido con firmeza en la jurisprudencia de éste. Así, desde la sentencia correspondiente al *Caso Velásquez Rodríguez* se puntualizó que “(e)l Estado está en el deber jurídico (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”.¹

3. En algunas ocasiones, los Estados han manifestado que ciertos factores derivados del Derecho nacional les impiden llevar adelante, conforme a la sentencia de la Corte Interamericana, la investigación, el procesamiento y la sanción de quienes resulten responsables de violaciones de derechos humanos que constituyen delitos en los términos del propio Derecho interno.

4. A este respecto, la Corte Interamericana ha hecho notar que tales factores no pueden impedir aquella consecuencia reparadora de la violación cometida. Esta determinación se funda en las siguientes consideraciones: a) el Estado que suscribe la Convención Americana sobre Derechos Humanos y acepta la jurisdicción contenciosa de la Corte asume, en ejercicio de su soberanía, determinadas obligaciones de carácter internacional; b) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969, estatuye que “(u)na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del in-

1. CIDH, *Caso Velásquez Rodríguez*, Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, No. 5, párr. 174.

cumplimiento de un tratado”; y c) el artículo 2 de la Convención Americana, bajo el epígrafe *Deber de adoptar disposiciones de derecho interno*, indica que “(s)i el ejercicio de los derechos y libertades (reconocidos en la Convención) no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

5. Alguna vez se ha invocado, como obstáculo para atender el deber de justicia penal al que me he referido, la existencia de normas internas de amnistía que sustraen de la justicia penal a los responsables de violaciones de derechos humanos. Este argumento fue analizado y rechazado por la Corte, y a él me he referido, coincidiendo con la resolución del tribunal interamericano, en mis votos concurrentes a las sentencias de fondo o de reparaciones dictadas en los *Casos Loayza Tamayo, Castillo Páez y Barrios Altos*.

6. En el presente caso, el Estado reconoció su responsabilidad en la desaparición y muerte de la víctima, profesora Consuelo Benavides Cevallos.² Este reconocimiento motivó una expresión de aprecio de la Corte —que es debido destacar— por la contribución de Ecuador a los objetivos que persigue el sistema interamericano de protección de los derechos fundamentales de las personas. En efecto, en la referida Sentencia se dijo que “(l)a Corte reconoce que el allanamiento efectuado por el Ecuador y sus esfuerzos por alcanzar y aplicar una solución amistosa, constituyen un aporte positivo al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.³

2. CIDH, *Caso Benavides Cevallos, Sentencia de 19 de junio de 1998*. Serie C, No. 38, párr. 35.

3. Párr. 57.

7. El Estado manifestó —en escrito del 16 de abril de 1999, cuyo contenido reiteró, en lo que respecta a este punto, el 10 de mayo de 2000 y el 15 de febrero de 2001— que no le es posible, jurídi-

camente, perseguir hechos delictivos violatorios de derechos humanos, en virtud de que habría operado la prescripción durante el tiempo transcurrido a partir de la realización de aquéllos, mientras se hallaba el asunto en trámite ante las instancias internacionales. Esa manifestación se funda en el auto motivado de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, de 7 de agosto de 1998, que “declaró prescrita la acción penal”, tomando en cuenta que el delito que se imputó al “sindicado está sancionado con pena de reclusión, por lo que prescribe en diez años desde que se dicta el auto cabeza de proceso”. Esto plantearía un obstáculo insalvable para el desempeño de la potestad persecutoria del Estado en el caso concreto.

8. Conviene mencionar, a este respecto, que el propio Estado había hecho diversas manifestaciones en torno al deber de justicia penal relacionado con este asunto, a propósito del acuerdo de reparaciones del 20 de febrero de 1998 entre el Estado y los padres de la víctima. Así, aquél expresó que “el proceso judicial interno estuvo caracterizado por demoras injustificadas, tecnicismo a ultranza, ineficiencia y denegación de justicia”, y señaló “(el) compromiso del Estado ecuatoriano de impulsar y concluir los procesos judiciales suspendidos a causa de la fuga de los sindicados en el crimen”, y de “patrocinar, conforme a la ley, los acciones judiciales contra las personas responsables de delitos conexos, que no hubieran sido sancionados. Agotará, en fin, directamente y por intermedio de las autoridades competentes, todos los esfuerzos y medidas que procedan, con sujeción al ordenamiento jurídico interno, para que el delito cometido (...) no quede impune”.⁴

4. *Caso Benavides Cevallos, Sentencia de 19 de junio de 1998, cit., párrs. 13 y 48.*

9. Igualmente, en la audiencia celebrada en la sede de la Corte el 11 de junio de 1998 —es decir, dos meses antes de la fecha del auto judicial en el que se declaró prescrita la acción (*supra*, párr. 7)— el representante del Estado reconoció que éste “tiene la obligación de desplegar todos los mecanismos a su alcance, nacionales e internacionales, en el marco de los convenios que existen, para lograr que (las personas responsables de las violaciones cometi-

das) sean nuevamente llevadas a cumplir sus condenas y (que) también toma nota de la exhortación de sancionar a todos los demás culpables que tengan que ver con delitos conexos, lo cual será trasladado a las autoridades pertinentes” (*id.*, párr. 54).

10. Como se sabe, la prescripción constituye un medio de adquirir derechos o extinguir obligaciones por el simple transcurso del tiempo. En el caso al que se refieren la resolución de la Corte y el presente *Voto*, se habría extinguido la potestad persecutoria del Estado, que nutre la pretensión correspondiente y se encauza a través de una acción procesal. De ahí que algunos códigos y leyes sustantivos y procesales se refieran, en la regulación de esta materia, a la extinción de la pretensión punitiva, de la potestad persecutoria o de la acción penal. En todo caso se trata de establecer —más allá de las precisiones técnicas correspondientes— que un Estado no puede ejercer su obligación persecutoria de hechos ilícitos previstos en las disposiciones penales.

11. En la especie, los hechos violatorios se produjeron, según manifestó el propio Estado, el 4 de diciembre de 1985; la denuncia se formuló ante la Comisión Interamericana el 22 de agosto de 1988 y ésta abrió el caso e inició su tramitación el 24 de octubre de 1989; la demanda fue transmitida a la Corte Interamericana el 21 de marzo de 1996; el Estado informó, el 1 de junio de 1998, haber llegado a un acuerdo con los padres de la víctima para resolver el litigio mediante solución amistosa; el propio Estado aceptó y reconoció, el 11 de junio de 1998, “su responsabilidad en la desaparición y muerte” de la víctima, y la Corte dictó sentencia el 19 del mismo mes. De todo esto resulta, pues, que se habría extinguido la potestad del Estado —consecuente con su deber de justicia penal— de perseguir los delitos cometidos y sancionar a los responsables, y que este curso del tiempo se habría producido mientras se tramitaba el procedimiento internacional ante la Comisión Interamericana. De esta suerte, el Estado incumpliría la obligación derivada de la Convención Americana y concretada en la sentencia de la Corte Interamericana.

12. Es bien sabido que la prescripción no produce en forma incondicional e inmediata los efectos liberadores de obligaciones que le son inherentes. De la lógica de esta institución se desprende —como ha sido ampliamente reconocido en las legislaciones nacionales— que en determinados casos se interrumpe el plazo de prescripción y se difieren, por lo tanto, sus efectos liberadores de una obligación. En el orden penal, esto ocurre cuando se realiza una investigación o se sigue un juicio para el esclarecimiento de los delitos cometidos, o bien, cuando existe un obstáculo procesal para la realización de las averiguaciones y el proceso, o cuando se halla pendiente alguna instancia de cuyas decisiones depende que el Estado pueda avanzar en la persecución penal de los hechos punibles.

13. Carecería de lógica y conduciría a consecuencias inaceptables que el procedimiento penal, por una parte, y el plazo de prescripción, por la otra, corrieran en paralelo. Muy diferente sería la situación si se invocara el tiempo corrido antes de que el Estado fuese parte de la Convención o de que hubiera reconocido la competencia contenciosa de la Corte, estableciendo que ésta se ejercería por hechos ocurridos a partir de la fecha en que adquiriera vigencia el reconocimiento. En este último supuesto se suscitaría un punto de competencia *ratione temporis*, que amerita un tratamiento diferente.

14. El procedimiento que se desarrolla ante las instancias internacionales en materia de derechos humanos puede desembocar en la condena a investigar y perseguir hechos delictuosos, entre otras consecuencias. Esta posibilidad figura entre las expectativas jurídicas que plantea el procedimiento internacional, que carecería de sentido y arribaría a resultados inoperantes si se cancelan, mientras aquél se desarrolla, las posibilidades de dar cumplimiento a la sentencia que dicte el Tribunal internacional, no obstante ser éstas obligatorias para los Estados (artículos 67 y 68.1 de la Convención), conforme al reconocimiento soberano de estos mismos.

15. Así las cosas, resulta evidente que se debe preservar la posibilidad de dar cumplimiento a una sentencia condenatoria, en los términos del compromiso contraído —y de la obligación adquirida— por el Estado parte en el instrumento internacional del que deriva la obligación respectiva, que abarca tanto la remoción de obstáculos para el cumplimiento de los deberes internacionales asumidos por el propio Estado (artículo 2 de la Convención Americana), como la puntual observancia de la sentencia que dicte el tribunal internacional, que forma parte de esos deberes expresamente aceptados.

16. Conviene reflexionar sobre la situación que se produciría si la prescripción operase mecánicamente a pesar de que esté en marcha un procedimiento internacional, no sólo en el asunto al que se refiere la resolución que examino en este *Voto razonado concurrente*, sino en todos los casos que llegan al conocimiento de la Comisión Interamericana, primero, y de la Corte Interamericana, después. Si tal cosa ocurriera, un elevado número de asuntos quedaría sustraído a ese conocimiento en el curso mismo de los procedimientos correspondientes. La competencia de aquellos órganos caería en el vacío y crecería la impunidad, amparada en supuestas prescripciones.

17. Esas consecuencias desfavorables para el sistema de protección de los derechos humanos han preocupado y ocupado a la Corte Interamericana en múltiples pronunciamientos de una jurisprudencia constante. Esta ha caracterizado la impunidad como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana”, y también ha sostenido 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”.⁵

5. Cfr., recientemente, la recepción de esta tesis constante en CIDH, *Caso Juan Humberto Sánchez, Sentencia de 7 de junio de 2003*. Serie C No. 99, párrs. 143 y 185.

Derechos de los menores de edad.
Reconocimiento de responsabilidad.
El Estado como garante. Ejercicio
abusivo de los derechos. Enjuiciamiento
y tratamiento de menores

Caso Bulacio (Argentina).

Sentencia: 18 de septiembre de 2003

El joven Walter David Bulacio, de 17 años de edad, fue detenido por la Policía Federal el 19 de abril de 1991 en una *razzia* que abarcó a más de ochenta personas, realizada en el estadio Club Obras Sanitarias de la Nación, en Buenos Aires, donde se llevaría a cabo un concierto de música rock. Después de la detención, Bulacio fue trasladado a la “sala de menores” de la Comisaría 35°. En un hospital municipal se le diagnosticó “traumatismo craneano”. Posteriormente fue enviado a otros centros hospitalarios. Falleció el 26 de abril.

El 26 de febrero del 2003 el Estado reconoció su responsabilidad internacional en este caso. La Corte concluyó que el Estado había violado, en agravio de Walter David Bulacio, los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), así como el derecho a medidas especiales de protección en favor de los menores (artículo 19), en conexión con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

VOTO

1. Coincido con los integrantes de la Corte en la Sentencia a la que se refiere este *Voto concurrente razonado*, que emito para precisar, desde mi propia perspectiva, el alcance de algunos conceptos incorporados en esa Sentencia, a la luz de sus antecedentes y de la solicitud que las partes, de común acuerdo, sometieron a la Corte Interamericana en relación con ciertos aspectos del derecho y las medidas aplicables a los menores.

2. Es relevante observar que la jurisdicción interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en relación con estos extremos tanto en el ejercicio de sus atribuciones consultivas como en el desempeño de su competencia contenciosa. Lo primero ocurrió, en fecha reciente, a través de la *Opinión Consultiva OC-17/2002*, de 28 de agosto de 2002, sobre *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y lo segundo en la actual Sentencia dictada en el *Caso Bulacio vs. Argentina*. La Corte tiene en estudio otros planteamientos contenciosos que también atañen a cuestiones relativas a menores de edad.

3. Es así que la jurisdicción interamericana se ha podido ocupar en un tema descollante que hoy día suscita numerosas interrogantes y controversias, se refiere a un gran número de habitantes de los países de nuestro Continente, que se caracterizan por tener una elevada población juvenil, y corresponde a una materia a la que han llegado, sobre todo en los últimos años, las novedades que derivan de nuevas corrientes de pensamiento y se concretan en diversas reformas legislativas e institucionales. En este ámbito figuran la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, y otros instrumentos referentes, en particular, a infracciones atribuidas a estos sujetos y a la jurisdicción destinada a conocer tales casos, como las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia a Menores (Reglas

de Beijing), de 1985, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), de 1990, y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil (Directrices de Riad), de 1990.

4. En este marco, impulsado por una modificación profunda en las circunstancias por las que atraviesa la vida de los menores de edad y en la actuación, a este respecto, de las instancias sociales y los órganos del Estado, se ha operado una importante evolución en las ideas y las instituciones jurídicas. Hemos debido revisar anteriores planteamientos y ajustar puntos de vista y sugerencias. Así lo manifesté, en lo que a mí respecta, en mi *Voto concurrente* a la *Opinión Consultiva OC-17/2002*.

5. En dicho *Voto* sostuve la pertinencia de superar el debate entre escuelas y arribar a soluciones de síntesis, que tomen lo mejor de cada doctrina, aquello que tiene carácter benéfico y puede ser, en consecuencia, perdurable, y de esta manera procuren aliviar la suerte de los menores y contribuir a su verdadera protección y a su genuino desarrollo. En otros términos, ha “llegado el momento de abandonar el falso dilema y reconocer los dilemas verdaderos que pueblan este campo”. La síntesis propuesta “retendría (por una parte) el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos”, como se desprende claramente de la Convención de 1989, las Reglas de Beijing, las Directrices de Riad y las Reglas de Tokio. Y por otra parte, esa síntesis “adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor”, que igualmente recogen, con el más vivo interés, aquellos instrumentos internacionales, en los que se expresa el estado actual de esta materia (párrs. 24 y 25).

6. En la Sentencia del *Caso Bulacio vs. Argentina* se mencionan el reconocimiento de responsabilidad que formuló el Estado y el acuerdo de solución amistosa suscrito por éste, la Comisión In-

teramericana de Derechos Humanos y los representantes de los familiares de la víctima, el 26 de febrero de 2003. Se trata de dos actos jurídicos convergentes, que guardan relación entre sí, aunque cada uno posee naturaleza propia y trae consigo consecuencias jurídicas específicas. En la Sentencia se indica —conviene subrayarlo— que ese acuerdo “constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana” (párr. 37). Anteriormente, el Estado asumió una conducta semejante en otro asunto contencioso.¹ Es por ello que en la presente Sentencia “el Tribunal destaca la buena fe que ha mostrado el Estado argentino ante esta jurisdicción (...), lo cual demuestra el compromiso del Estado con el respeto y la vigencia de los derechos humanos” (párr. 37).

1. *Cfr. CIDH, Caso Garrido y Baigorria, Sentencia del 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26, y Reparaciones (art. 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39.*

2. *Proceso, autocomposición y autodefensa [Contribución al estudio de los fines del proceso], Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª ed., México, 1991, p. 96.*

3. *Proceso, autocomposición y autodefensa [Contribución al estudio de los fines del proceso], Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª ed., México, 1991, p. 96.*

7. El reconocimiento de responsabilidad internacional abarca hechos y pretensiones y determina la conclusión del litigio sobre el fondo —salvo que este Tribunal disponga otra cosa, en función de las atribuciones que le concede el artículo 54 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cosa que no ha ocurrido en el presente caso— y permite avanzar en la determinación de algunas consecuencias de los hechos, como se hace en esta Sentencia. Es posible suponer, por otra parte, que en un reconocimiento de responsabilidad pueden coincidir dos figuras procesales, ambas con repercusiones materiales, tomando en cuenta el alcance que aquél reviste: confesión y allanamiento. En efecto —escribe Alcalá-Zamora—, el allanamiento es “un acto de disposición, o de renuncia de derechos”: renuncia al derecho de defensa.² La “confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento, a la pretensión jurídica”.³

8. Sin embargo, para los efectos de este caso ha bastado a la Corte con recoger el reconocimiento de responsabilidad que hace el Estado —expuesto en el acuerdo entre las partes y confirmado en la audiencia celebrada ante el Tribunal— por lo que toca a la violación de diversos preceptos de la Convención Americana, que

se mencionan específicamente y que abarcan, entre otros, los derechos a la integridad y a la vida: artículos 2, 4, 5, 7, 8 y 25. Lógicamente, el reconocimiento de responsabilidad supone que el Estado considera que hubo, en efecto, conductas de sus agentes que significaron la afectación de derechos de la víctima en puntos tales como la integridad y la vida. El incumplimiento del deber de custodia que admite el Estado —al que me referiré nuevamente, *infra*, párrs. 22–24, cuando examine la calidad de garante que asume el Estado con respecto a personas sujetas a su jurisdicción y control inmediato—, puede comprender diversas conductas, tanto activas como omisivas, que conducen a vulnerar bienes jurídicos y derechos contenidos en la Convención: una vulneración que abarca, por ejemplo, la integridad y la vida.

9. En todo caso, las partes han acreditado su interés en hallar ese “espacio de consenso” al que se refiere la teoría procesal contemporánea, que permite alcanzar soluciones convenientes y convenientes —cuando es posible hacerlo y en la medida en que lo sea—, que para construir la solución de la contienda sobre la voluntad misma de los litigantes, y no sólo sobre la decisión de un tercero, el órgano jurisdiccional. La opción por esta alternativa del proceso —sea que excluya de plano todo proceso jurisdiccional, sea que haga innecesarios algunos actos o ciertas etapas de éste— contribuye significativamente a la apertura de vías practicables para alcanzar los fines que pretende la justicia en materia de derechos humanos. En otros casos han existido actos de este carácter, ya no sólo en el procedimiento seguido ante la Comisión Interamericana, en el que existe, explícitamente, la posibilidad de solución amistosa propiciada por ese órgano del sistema, sino también durante el proceso incoado ante la Corte.

10. En el acuerdo suscrito entre las partes se requiere a la Corte “tenga a bien pronunciarse sobre las cuestiones de derecho discutidas en el caso, en lo correspondiente a la aplicación del artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que se re-

fiere a diversos aspectos del derecho a la libertad personal y las afectaciones y restricciones de éste), en el marco de lo establecido por la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva No. 17". Esta solicitud entraña —y así lo entiende la Sentencia— la posibilidad de que el Tribunal formule "consideraciones relacionadas con las condiciones de detención de los niños y, en particular, acerca de la privación de la libertad a los niños" (párr. 122). Estas consideraciones se harían a partir de los hechos que motivaron la demanda —los hechos específicos en los que fue víctima el joven Walter David Bulacio—, pero tendrían un contenido y una trascendencia que iría más allá del caso concreto. Desde luego, la facultad de la Corte para examinar estos extremos y pronunciarse al respecto deriva del artículo 2º de la Convención, referente a las medidas que un Estado debe adoptar para dar cumplimiento a sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

11. En este orden de consideraciones, la propia Corte ha establecido sus criterios en la mencionada *Opinión Consultiva OC-17/2002*, que puede servir como referencia para la regulación en torno a los menores infractores y a otros menores sujetos, por algún motivo, a la protección del Estado. De los principios y las normas invocados en esa *Opinión*, así como de las manifestaciones contenidas en esta misma, proviene un variado conjunto de referencias que contribuyen a establecer los estándares internacionales en la materia que nos ocupa. La instancia colegiada cuya constitución se requiere, podrá tomar en cuenta dichos estándares para formular las reflexiones y recomendaciones que estime pertinentes.

12. Entiendo que esa constructiva solicitud de las partes, contenida en la segunda cláusula del acuerdo del 26 de febrero del 2003, no entraña la declinación, por parte del Estado, de sus atribuciones regulatorias en esta materia, que tienen su origen en derechos y obligaciones propios del Estado mismo, ni evita o condiciona que éste lleve adelante las reformas que considere pertinentes y sean consecuentes con sus deberes internos e internacionales arraiga-

dos en el ordenamiento nacional y en el Pacto de San José. Seguramente estas reformas serán más extensas y pormenorizadas que las que plantea, de manera enunciativa y no exhaustiva —puesto que se trata de normas sobre derechos humanos, siempre abiertas al progreso—, la Sentencia a la que agrego el presente *Voto*, y se orientarán en el mismo sentido de otras ya realizadas, de las que el Estado informa y que la Sentencia menciona (párr. 108.b). El órgano de consulta que se establecerá (párr. 144) podrá constituir un valioso auxiliar para el progreso de este sector del orden jurídico y de las prácticas correspondientes.

13. En su regulación sobre la conducta infractora de los menores de edad y acerca de la correspondiente reacción jurídica, el Estado legisla y actúa en diversas vertientes, que son otros tantos aspectos de un conjunto: la justicia a cargo del poder público, establecida con fundamento en ciertos principios y conceptos propios de una sociedad democrática. Esta expresión de la justicia —o bien, esta función controladora del Estado— no sólo debe asegurar, como en efecto debe, la satisfacción del interés público, sino también la observancia de los intereses legítimos y los derechos de los particulares, en los términos que caracterizan al Estado de Derecho. En rigor, esta observancia es también inherente al interés público, que padecería si se violentara la dignidad del individuo y se negaran sus derechos. Los aspectos a considerar en este caso son los relacionados con los extremos sustantivos o materiales y adjetivos o procesales de la justicia de menores infractores —o supuestamente infractores—, entre éstos los concernientes a medidas de coerción o aseguramiento, así como la ejecución de las medidas que dispongan las autoridades competentes.

14. Una vez más es preciso subrayar la condición de último recurso que posee el control social penal o cuasipenal, como es el atinente a los menores de edad. Las figuras de conducta que justifican la intervención sancionadora del Estado deben referirse a verdaderas afectaciones indebidas de bienes jurídicos, previstas le-

galmente, no apenas a situaciones de supuesto riesgo o peligro que hagan sospechar —conforme al arbitrio de quienes las observan— la posibilidad de que ocurra una transgresión, y con este “fundamento” pongan en curso el aparato represivo del Estado. Y en todo caso es preciso establecer una clasificación racional de las conductas ilícitas, distribuidas en categorías bien sustentadas, que advierta la diferente gravedad de las infracciones y regule en consecuencia la reacción jurídica, sin incurrir en excesos propios de un sistema autoritario. Ciertamente hay que prevenir conductas lesivas de bienes jurídicos, y a este fin sirve la función de policía en el Estado de Derecho, pero esa prevención no legitima acciones ilimitadas frente al comportamiento de jóvenes que no vulneran el orden jurídico, o lo quebrantan con acciones de escasa entidad o lesividad que no constituyen delitos ni debieran acarrear el trato y las consecuencias inherentes a éstos.

15. La fractura de los límites para la actuación represiva del poder público y la invasión de los naturales espacios de libertad de las personas —menores de edad, en la especie— constituye un serio peligro, este sí, para el Estado de Derecho. De todo ello resulta la necesidad de respetar el ámbito del comportamiento libre y establecer cuidadosamente, dentro del marco de la ley, aquellos actos que implican lesión grave de bienes jurídicos, frente a los cuales resulte legítimo —conforme a un criterio de legitimidad material, no apenas formal— poner en movimiento la función punitiva, deslindándolos de infracciones menores, que deben ser atendidas con otras medidas e instrumentos, públicos y privados.

16. En este sentido, es preciso emplear medios legítimos para alcanzar soluciones justas. Esto comprende los procedimientos seguidos ante instancias del Estado, que resolverán en definitiva, y los métodos alternativos que extraen de la justicia pública el conocimiento y la solución del problema. En el procedimiento debe prevalecer también el principio garantista, que no impide la actuación del Estado conforme a sus atribuciones y fines legítimos,

pero pone en manos de los particulares la posibilidad de ejercer ampliamente el derecho a la defensa, con todas las facultades y actuaciones que éste entraña.

17. En este ámbito deben operar, incluso cuando se trate de meras infracciones, no de crímenes o delitos, la presunción de inocencia, la prueba a cargo de la autoridad, la provisión de abogado que ejerza la defensa desde el momento de la detención y presentación del sujeto —antes de que rinda cualquier declaración que pudiera comprometer su situación jurídica y determinar el resultado del procedimiento—, la información sobre los motivos de la detención y los derechos del detenido, el acceso al expediente que se forme, la posibilidad de utilizar recursos expeditos —particularmente los que conciernen a la tutela de los derechos fundamentales—, la celeridad del procedimiento y el acceso a la libertad provisional.

18. Es indispensable que el sistema procesal disponga y asegure diversas medidas de control sobre la marcha y legalidad del procedimiento y el debido desempeño de las autoridades que intervienen en éste —medidas que son, en esencia, otros tantos actos y garantías del debido proceso—, sobre todo cuando se desarrolla sobre menores de edad, que se encuentran en situación de especial indefensión y vulnerabilidad, y enfrentan, por lo tanto, un riesgo específico y mayor de que se vulneren sus derechos fundamentales y se afecte su existencia, en ocasiones de manera irreparable.

19. Estos controles, que operan para diversos fines específicos, implican siempre la presencia y la intervención de autoridades o particulares en apoyo del menor y en procuración o tutela de sus derechos e intereses. A este conjunto de medidas de control corresponden las notificaciones inmediatas sobre la detención de un menor a sus familiares o representantes o custodios legales, a su abogado —y, en todo caso, al defensor público que pueda actuar inmediatamente—, al cónsul del Estado de su nacionalidad, al juez que debe establecer la legitimidad de la detención y la jus-

tificación del procedimiento, al médico que haya de acreditar las condiciones físicas y psíquicas en las que se encuentra el menor y vigilar su evolución en el lugar de detención, y al asistente o trabajador social que concurra a establecer y mantener el acceso del menor a quienes pueden brindarle atención y protección.

20. Las medidas cautelares y de coerción —ante todo, la detención misma— deben organizarse conforme a los criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, sin perder de vista el carácter excepcional que debiera tener, en el orden jurídico de una sociedad democrática, cualquier restricción precautoria de derechos. Frecuentemente se han denunciado ciertas prácticas de detención colectiva —bajo la denominación de *razzias*, entre otras—, que corresponden a la insostenible lógica de las imputaciones generales, independientemente de las responsabilidades individuales. Si la afectación de un derecho debe ser consecuencia de una infracción prevista en la ley, y la responsabilidad de la persona es estrictamente individual, los medios de coerción y cautelares deben fundarse, asimismo, en la realización de conductas previstas y proscritas por la norma general y en consideraciones individuales que establezcan el nexo claro y probado entre el sujeto infractor y la medida restrictiva de los derechos de éste.

21. La ejecución de medidas coercitivas, de suyo delicadas y peligrosas, sobre todo cuando atañen a la libertad personal, debiera realizarse en espacios físicos adecuados, que no extremen o agraven la medida, añadiendo a sus naturales consecuencias otros efectos dañinos, y estar a cargo de personas debidamente seleccionadas y preparadas para este desempeño, bajo riguroso control y supervisión.

22. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el Estado asume una condición de garante, con las obligaciones respectivas, con respecto a los bienes y derechos de quienes se hallan sometidas a privación de libertad bajo la jurisdicción del

-
- Derechos de los menores de edad
 - Reconocimiento de responsabilidad
 - El Estado como garante
 - Ejercicio abusivo de los derechos
 - Enjuiciamiento y tratamiento de menores
-

Estado mismo. Esta posición de garante trae consigo cierto deber de cuidado, como antes manifesté, que se traduce en acciones y omisiones cuya realización es necesaria para satisfacer aquél en el caso concreto, conforme a las circunstancias. No se trata de deducir consecuencias solamente del deber general del poder público de proveer seguridad y protección a las personas sujetas a su jurisdicción, sino de establecer el carácter específico, directo e ineludible de ese deber en el caso de quienes están sometidos, de la manera más intensa y completa, de *jure* y de *facto*, a la potestad de autoridades públicas que tienen a su cargo la custodia misma de esas personas o el control de su situación (un concreto deber de cuidado en ambos casos) aun cuando se hallen bajo la atención de un tercero.

23. Como establecimientos y sistemas, la prisión y las instituciones de detención y “tratamiento” para menores de edad corresponden a la categoría de las “instituciones totales”, en las que la existencia se halla sujeta a régimen minucioso y exhaustivo. El campo de la libertad se reduce drásticamente en manos del Estado rector de la institución y, por ende, de la vida de quienes se hallan “institucionalizados”. Por lo tanto, el Estado, cuyo ámbito de autoridad crece extraordinariamente, debe asumir las consecuencias de esa autoridad. En tal virtud, responde de muchas cosas que normalmente correrían bajo la responsabilidad de los interesados, dueños de su conducta. Por eso tiene un extraordinario “deber de cuidado”, que no existiría en circunstancias diferentes.

24. Así, el Estado es garante de la vida, la integridad, la salud, entre otros bienes y derechos, de los detenidos, como lo es de que las restricciones correspondientes a la detención no vayan más allá de lo que resulte inherente a ésta, conforme a su naturaleza. En mi *Voto* particular concurrente en el *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Sentencia del 21 de junio de 2002*, señalé que la función de garante implica: a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena,

por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra”.

25. Existe, pues, un lindero preciso entre la actuación legítima del Estado y la conducta ilícita de sus agentes. Queda a cargo del Estado informar, explicar y justificar, en cada caso particular, la reducción de los derechos de una persona, y por supuesto la pérdida misma de sus bienes, principalmente el bien de la vida, cuando esto ocurre mientras el Estado ejerce su función de garante, sea que el resultado lesivo se produzca como consecuencia de una conducta activa —o ésta signifique, por sí misma, violación de las normas internacionales—, sea que provenga de una conducta omisiva, que es la hipótesis que viene al caso, en el orden penal, cuando se incurre en comisión por omisión. En cualquier hipótesis, se trataría de la actuación anómala, indebida o ilícita en el desempeño de una función pública, que trae consigo la correspondiente exigencia de responsabilidad para quienes incurran en ella: responsabilidad del Estado y responsabilidad de las personas. La de éstas debe ser exigida conforme al deber de justicia penal que constituye, como he mencionado en diversas oportunidades, una especie en el género de las reparaciones.

26. En esta Sentencia se menciona un tema relevante que la doctrina procesal ha debatido con amplitud: el denominado abuso de los derechos procesales, o bien, el abuso del proceso, tema que guarda conexión, a su turno, con el principio de lealtad y probidad que debiera gobernar el desarrollo del proceso. A este respecto, la Sentencia contiene diversas expresiones sobre el abuso de derechos en el presente caso, por parte de la defensa de un inculgado, actitud que no fue oportuna y adecuadamente rechazada por determinados órganos jurisdiccionales y que se tradujo en una extraordinaria demora del procedimiento. Así, no fue posible que éste avanzara hasta su culminación natural y se dio lugar a un planteamiento sobre prescripción de la acción penal, cuestión a la que me abajo me referiré (párr. 29).

-
- Derechos de los menores de edad
 - Reconocimiento de responsabilidad
 - El Estado como garante
 - Ejercicio abusivo de los derechos
 - Enjuiciamiento y tratamiento de menores
-

27. Convengo, desde luego, en la necesidad de observar en el proceso una conducta consecuente con el objeto y la finalidad de éste. De otra forma se subvertiría este cauce jurídico, alterando su naturaleza y comprometiendo sus designios. El proceso no cumple su finalidad “cuando se obstruye, altera o dificulta su objetivo de organizar un debate amplio en el que el órgano jurisdiccional pueda brindar una solución justa. La tésis del proceso se encuentra afectada por el obrar desleal o contrario al principio de probidad”, lo cual lesiona la garantía de protección judicial de los derechos.⁴

28. Corresponde al legislador regular el proceso y al juzgador presidirlo y encauzarlo de manera que sirva al objetivo para el que fue concebido. Ahora bien, nada de esto significa que se restrinja el empleo legítimo de los medios que la ley autoriza para el desempeño de una defensa. Ni se debe incurrir en autoritarismo judicial ni es debido obstruir la defensa de un inculpado, con el propósito de imprimir celeridad al enjuiciamiento, si esto se hace a costa de los derechos de quienes participan en él y, a la postre, de la justicia misma. Considero que los señalamientos formulados por la Corte, que desde luego suscribo, aluden a los hechos del caso examinado, y no pretenden pronunciarse sobre la generalidad de las actuaciones de defensa y de las prácticas judiciales.

29. En la Sentencia a la que se agrega este *Voto* se analiza el tema de la prescripción como obstáculo de carácter interno para el cumplimiento de obligaciones derivadas del orden internacional y aceptadas por los Estados suscriptores de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969 (artículo 27), y de la Convención Americana. En diversas oportunidades me he referido a esos obstáculos internos, a propósito de las “autoamnistías” y de la prescripción. Examinó esta última hipótesis en mi *Voto concurrente razonado* a la Resolución sobre cumplimiento de sentencia, dictada por la Corte Interamericana el 9 de este mes, que corresponde al *Caso Benavides Cevallos*. Me remito a lo que expongo en ese *Voto*.

4. “Relatório geral latino-americano. Abuso de los derechos procesales en América Latina”, en Barbosa Moreira, José Carlos (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal/Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 31.

Derecho a la vida. Acceso a la justicia. Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos. Responsabilidad del Estado y de los agentes. Demora en la justicia. Responsabilidad agravada. Titular del derecho a la indemnización. Libertad de expresión. Indemnización no reclamada. Remisión a instancias internas. Cargas tributarias

Caso Myrna Mack Chang (Guatemala).

Sentencia: 25 de noviembre de 2003

El 19 de junio de 2001, la Comisión presentó ante la Corte una demanda en contra del Estado (Guatemala), por violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de la antropóloga Myrna Elizabeth Mack Chang, quien había realizado estudios de su especialidad acerca de los desplazados en Guatemala con motivo del conflicto armado, fue ejecutada extrajudicialmente el 11 de septiembre de 1990. Hubo obstrucción en la investigación judicial de los hechos.

El Estado aceptó su responsabilidad internacional en este caso y la Corte declaró que hubo violación de los artículos 4 (Derecho a la Vida), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), y decidió que el Estado debía investigar efectivamente los hechos violatorios, enjuiciar y sancionar a los responsables, reconocer públicamente la labor de Myrna Mack Chang otorgando becas y dándole su nombre a alguna calle o plaza de la Ciudad de Guatemala, e indemnizar a los familiares de la señora Mack Chang por daños material e inmaterial, costas y gastos.

VOTO

I. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y EL CASO MACK CHANG

1. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse, desde que se inició el ejercicio de su competencia contenciosa, sobre violaciones del derecho a la vida cometidas por agentes de un Estado mediante ejecuciones extrajudiciales. Esta materia todavía se encuentra presente en la atención del tribunal internacional, aun cuando en años recientes ha conocido de asuntos de otra naturaleza que comienzan a perfilar una nueva vertiente jurisdiccional sobre la que se han emitido sentencias relevantes y opiniones consultivas destacadas que establecen el criterio de la jurisdicción interamericana acerca de otros derechos también previstos en la Convención Americana e incluso en tratados internacionales diferentes, celebrados por países de nuestro Continente, que la Corte está llamada a aplicar.

2. En el conjunto de casos mencionados en primer término, el tribunal internacional se ha pronunciado, a través de una jurisprudencia elaborada en el curso de cuatro lustros, acerca del derecho a la vida, los deberes correlativos de los Estados, las reparaciones pertinentes y, dentro de aquéllos y éstas, el deber del Estado de investigar, enjuiciar y sentenciar a los responsables. Esto último constituye lo que he denominado “deber de justicia penal”,¹ profundamente arraigado en esa jurisprudencia y consustancial a un “estado de Derecho”, es decir, al primado de las normas en una sociedad democrática, con proyecciones nacional e internacional. Por este medio se abate la impunidad, que es un poderoso estímulo para la violación de derechos humanos, además de una flagrante injusticia que agravia a la sociedad en su conjunto. Ciertamente, la lucha contra la impunidad no es menos relevante ni menos apremiante que la satisfacción de los intereses patrimoniales o mo-

1. Cfr., en este sentido, diversos trabajos incluidos en mi libro *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, Ed. Porrúa, México, 2003, esp. pp. 202 y ss., 258 y ss., 315 y ss., 354 y ss.

rales de la víctima, y constituye un punto de referencia para el futuro desarrollo del sistema protector de los derechos humanos en todos los países.

3. El *Caso Mack Chang*, resuelto en la sentencia a la que agrego este *Voto concurrente razonado*, se inscribe, con características propias, en aquella línea tradicional. El propio Estado lo considera “caso paradigmático”, inscrito en el legado de una guerra intestina “en la cual no existió un sistema de derecho, ni un sistema de administración de justicia eficiente y eficaz” (párr. 68). El desarrollo de las democracias americanas y la cultura emergente en materia de derechos humanos debieran abolir para siempre el empleo de la violencia que suprime vidas, ataca la libertad y afecta la integridad de las personas. Cuando se logre ese objetivo, la Corte Interamericana estará en posición de abordar casi exclusivamente otros temas, característicos de una etapa diferente, como lo hace hoy día, en la gran mayoría de los casos, la Corte Europea de Derechos Humanos.

4. Es censurable toda violación a derechos y libertades de las personas, pero resulta particularmente deplorable la vulneración del derecho primordial —el derecho a la vida—, de cuyo reconocimiento y tutela dependen la subsistencia y la eficacia de todos los restantes. La privación ilícita de la vida pone de manifiesto la persistencia de viejos patrones autoritarios que son testimonio de épocas sombrías en las que fueron desdeñados los bienes jurídicos esenciales en aras de supuestas necesidades de seguridad y paz pública, que jamás podrían servir como argumento válido para ignorar, suprimir o reducir los derechos básicos de los seres humanos. Frente a cualquier expresión de autoritarismo, es preciso reafirmar que la tutela de los derechos humanos constituye —y ha constituido siempre, como lo puso de manifiesto el pensamiento de la Ilustración, en Europa y en América— el fin al que se orienta la organización política y el punto de referencia para acreditar tanto los compromisos éticos del Estado como la legitimidad en el comportamiento de sus agentes.

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

5. También se ha ocupado nuestro tribunal en el examen y el pronunciamiento sobre hechos que atañen al acceso a la justicia, o dicho de otro modo, a la preservación y observancia de las garantías judiciales y los medios jurisdiccionales de protección de derechos fundamentales. Ese acceso implica tanto la facultad y la posibilidad de acudir ante órganos que imparten justicia en forma independiente, imparcial y competente, formular pretensiones, aportar o requerir pruebas y alegar en procuración de intereses y derechos (justicia formal), como la obtención de una sentencia firme que satisfaga las exigencias materiales de la justicia (justicia material). Sin esto último, aquello resulta estéril: simple apariencia de justicia, instrumento ineficaz que no produce el fin para el que fue concebido. Es preciso, pues, destacar ambas manifestaciones del acceso a la justicia: formal y material, y orientar todas las acciones en forma que resulte posible alcanzar ambas.

6. El acceso a la justicia, uno de los temas sobresalientes en la vida contemporánea, supone el esclarecimiento de los hechos ilícitos, la corrección y reparación oportunas de las violaciones perpetradas, el restablecimiento de condiciones de paz con justicia y la satisfacción de la conciencia pública, alterada por el quebranto que sufren el Derecho, como regulación general de la conducta, y los derechos subjetivos reconocidos a los particulares, como medios para la realización de las potencialidades de las personas. En este caso, como en otros que han llegado al conocimiento de la Corte, existe asimismo un ejemplo dramático del menoscabo impuesto a la tutela judicial efectiva, en condiciones que igualmente revisten características singulares.

II. ACTOS DE ADMISIÓN Y RECONOCIMIENTO POR PARTE DEL ESTADO

7. Frente a las imputaciones de hechos y la exposición de pretensiones vinculadas a éstos, mediante el ejercicio de la acción procesal internacional sobre derechos humanos, los Estados de-

mandados pueden oponer excepciones y defensas o admitir tales hechos y pretensiones a través de actos jurídicos que producen determinados efectos sustantivos y procesales. Además del desistimiento, que incumbe al actor en juicio, el ordenamiento de la jurisdicción interamericana prevé el “allanamiento (del demandado) a las pretensiones de la parte demandante” (artículo 52.2 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y contempla también “la existencia de una solución amistosa, de un avenimiento o de otro hecho idóneo para la solución del litigio” (artículo 53 del mismo Reglamento).

8. Es preciso observar, para los efectos del presente caso y de otros varios que se han presentado o pudieran presentarse ante la Corte Interamericana, que la conducta de una parte o el acuerdo de ambas no vinculan inexorablemente al tribunal, más comprometido con la verdad material y la tutela efectiva de los derechos humanos que con la verdad formal y la tutela aparente de aquéllos. En efecto, el órgano jurisdiccional puede disponer que prosiga el examen del caso, “teniendo en cuenta las responsabilidades que le incumben de proteger los derechos humanos”, aunque se hayan presentado actos que muestran, en el concepto de su autor, una intención extintiva del proceso y compositiva del conflicto (artículo 54 del Reglamento).

9. En diversos asuntos tramitados durante los últimos años, los Estados a los que se atribuye responsabilidad internacional con motivo de hechos violatorios de la Convención Americana, han reconocido esos hechos y la responsabilidad internacional que deriva de ellos. Esta actitud, que la Corte ha apreciado expresamente, debe ser destacada en la medida en que acredita una disposición constructiva y asume, con objetividad y buena disposición jurídica, las consecuencias que el Derecho internacional —además del Derecho interno— atribuye a la conducta ilícita de los agentes del Estado o de otras personas que actúan con la complacencia, el patrocinio o la tolerancia de aquél.

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

10. Esta plausible experiencia pone de relieve el progreso de las convicciones democráticas y la voluntad de respeto a los derechos de los ciudadanos. El Estado que se allana o reconoce los hechos que se imputan a sus agentes, cuando ese allanamiento o ese reconocimiento se hallan justificados, deslinda su posición ética, jurídica y política de las desviaciones en las que incurren ciertos servidores públicos. Este oportuno deslinde tiene alto valor moral y reviste, a menudo, una importante eficacia preventiva: muestra que el Estado no asume como suyas las conductas de quienes subvierten su propio orden jurídico —aún cuando deba responder en foros internacionales— ni está dispuesto a librar batallas judiciales que carecen de fundamento y obstruyen la verdadera realización de la justicia.

11. Como antes señalé, el Reglamento de la Corte IDH aporta determinadas bases para considerar los actos de allanamiento o composición en el curso del proceso. Con este sustento y tomando en cuenta los principios que regulan el enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos, la naturaleza de los correspondientes actos procesales conforme a sus características y a la voluntad jurídica de sus autores, las pruebas reunidas en el proceso y las razonadas solicitudes de las partes, la Corte debe establecer el carácter de esos actos de composición o allanamiento y el alcance que es posible y debido atribuirles, en bien de la seguridad jurídica y de la firmeza del proceso mismo. De esa definición por parte del tribunal depende la posición que finalmente tengan las partes desde la perspectiva de sus deberes, derechos e intereses. Al proceder así, el tribunal interpreta e integra su ordenamiento, conforme a las facultades inherentes a la función jurisdiccional que realiza, y de esta suerte ejerce la atribución de conocimiento y la potestad de interpretación o aplicación que el propio tratado internacional le asigna (artículos 33.b y 62.1, así como 1 del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

12. Así las cosas, la Corte Interamericana está llamada a avanzar en el examen jurisprudencial de diversos actos compositivos o que po-

seen eficacia para el esclarecimiento de hechos inicialmente controvertidos, a partir de las declaraciones o admisiones del Estado, o que permiten la conclusión de los litigios a través de resoluciones que constituyen alternativas de las típicas sentencias de declaración o condena. Como he mencionado, la propia Convención Americana, así como las normas derivadas de ella —en tal sentido, los reglamentos de la Comisión y de la Corte Interamericanas, en sus respectivas hipótesis—, consideran soluciones emanadas de la composición amigable, el desistimiento y el allanamiento, a las que pueden agregarse, en el sentido que anteriormente expuse y sin olvido de sus rasgos naturales, los reconocimientos de hechos y las confesiones judiciales que han aparecido en la tramitación de algunos casos.

13. Todavía no hay uniformidad en las expresiones o calificaciones que hacen los Estados sobre los actos de esas características que incorporan al proceso internacional. En ocasiones se habla de allanamiento. Otras veces se alude a una “responsabilidad institucional” del Estado. En algún caso se invoca el “reconocimiento de la responsabilidad internacional”, entre otras expresiones. Por ello es preciso avanzar en una mayor precisión conceptual, que pudiera traer consigo nuevos desarrollos en la actuación de las partes y del propio tribunal interamericano. Debiera arraigar una nueva práctica en este orden: el señalamiento preciso de los hechos que admite el Estado y de las pretensiones a las que se allana, en el marco del reconocimiento de la responsabilidad internacional y de las consecuencias de ésta. Así se iría más allá de la simple aceptación de una responsabilidad internacional o institucional —*infra* volveré sobre este punto—, que no siempre deja en claro la intención del demandado y el alcance que éste le atribuye.

14. En mi *Voto concurrente* a la sentencia del *Caso Bulacio vs. Argentina*, del 18 de septiembre de 2003, ensayé una aproximación a este asunto, señalando que en un reconocimiento de responsabilidad pueden coincidir dos figuras procesales —no digo que siempre y necesariamente coincidan, porque esto dependerá de la intención

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

2. *El allanamiento en el proceso penal*, EJE, Buenos Aires, 1962, pp. 129 y ss.

3. *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 3ª ed., México, 1991, p. 96

y la expresión del acto—, ambas con repercusiones materiales: confesión y allanamiento. El allanamiento —escribe Alcalá-Zamora— es “un acto de disposición, o de renuncia de derechos”: renuncia al derecho de defensa.² La “confesión se contrae a afirmaciones de hecho y el allanamiento, a la pretensión jurídica”.³ Por ende, será preciso indagar, en el contexto del enjuiciamiento internacional y de los actos de parte que en él se producen, cuál es la naturaleza del acto admisorio que formula el Estado.

15. No siempre queda perfectamente establecido el alcance auténtico de las expresiones que utiliza alguna de las partes, especialmente aquellas manifestaciones que, empleadas por el Estado, pudieran definir el rumbo del enjuiciamiento y el sentido de la resolución final correspondiente. Por supuesto, no me refiero solamente al alcance que les atribuya un intérprete externo, sino al que han querido imprimirle los órganos emisores de la expresión, que con ésta comprometen la posición procesal y los deberes materiales del Estado, y correlativamente la defensa y los derechos sustantivos de los individuos. De ahí que otras partes procesales muestren reticencia en aceptar sin más las expresiones del Estado, conforme a un posible significado aparente, y soliciten a la Corte que fije la naturaleza y el alcance de aquéllas. Si la expresión no es inequívoca para el tribunal y para todas las partes, el juzgador debe examinarla a la luz de diversos datos —precedentes, circunstancias, aclaraciones del órgano emisor, etcétera— y fijar su alcance y consecuencias jurídicas.

16. El reconocimiento de una responsabilidad institucional —como se ha manifestado en diversos asuntos, entre ellos el *Caso Maritza Urrutia*, resuelto el 27 de noviembre del 2003, en el mismo periodo de sesiones en que la Corte emitió sentencia sobre el *Caso Mack Chang*—, puede significar apenas la admisión de que hay continuidad en los deberes del Estado, más allá de los periódicos relevos en la Administración Pública, o la aceptación de que hubo deficiencias en el ejercicio de una función general de custodia o garantía que tiene el Estado con respecto a las personas dentro de su juris-

dicción. Esto no significa, por fuerza, reconocimiento de conductas concretas y específicas —activas u omisivas— de agentes del Estado que entrañarían violaciones directas de derechos y libertades previstos en la ley interna y en la Convención internacional, y que darían lugar tanto a condena por parte de la Corte Interamericana en relación con el Estado mismo, como a enjuiciamiento y sanción individual por parte de los tribunales internos en ejercicio del “deber de justicia penal” que tiene el Estado conforme a su propia normativa y a la sentencia condenatoria del tribunal internacional.

17. La Corte Interamericana está llamada a establecer la verdad, una verdad material e histórica, que luego será enmarcada en la verdad legal que caracteriza a la sentencia inatacable, y a adoptar sus determinaciones tomando en cuenta, sobre el cimiento que aquélla le suministra, el interés superior que entraña la defensa de los derechos humanos. Si la Corte posee atribuciones para ir más allá del desistimiento, el allanamiento o el convenio reparatorio cuando lo juzga pertinente por razones de fondo, con mayor razón puede hacerlo cuando las expresiones de la parte no son suficientemente claras, por sí mismas, en lo que atañe a su naturaleza y alcance, y cuando las otras partes solicitan al órgano jurisdiccional, en tal virtud, aclaraciones y precisiones que permitan definir la situación que se crea a partir de dichas expresiones. Al emprender este ejercicio lógico en el desempeño de las atribuciones jurisdiccionales que tiene, el tribunal puede valorar las expresiones dudosas o insuficientes, en sus propios términos, o relacionarlas con otros datos que figuren en el proceso, a fin de integrar, con el conjunto, un fundamento seguro para la adopción de sus resoluciones.

III. ADMISIÓN, RECONOCIMIENTO Y PRUEBA DE LOS HECHOS

18. El Estado ha formulado diversos actos a los que califica como reconocimiento de responsabilidad internacional o institucional, aceptación internacional de responsabilidad institucional, “alla-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

namiento absoluto”, reconocimiento “lisa y llanamente (de) los hechos expuestos en la demanda”, “allanamiento (...) a las pretensiones de la parte demandante”, “reconoc(imiento) de los hechos expuestos en la demanda y acepta(ción por parte del Estado), sin condición alguna, (de) su responsabilidad internacional” (cfr. Cap. VI de la *Sentencia*). Reitero que es apreciable la actitud del Estado que al advertir la existencia efectiva de hechos violatorios de derechos humanos procura ponerlos a la vista —o admite, en mayor o menor medida, la exposición que de ellos han hecho otras instancias internacionales, como la Comisión Interamericana, o entidades de la sociedad, como las Organizaciones no Gubernamentales—, acepta consecuencias jurídicas adversas derivadas de ellos y manifiesta esta posición ante la justicia internacional. En la experiencia de la Corte IDH se observa un incremento de los casos de allanamiento o reconocimiento de responsabilidad, que marcan precedentes positivos.

19. Conviene puntualizar, puesto que alguna vez se alude al reconocimiento de los hechos contenidos en la demanda, que este documento, de 19 de junio de 2001, considera hechos de dos órdenes principales: relativos a la privación de la vida de Myrna Mack Chang y referentes a la investigación de aquéllos y la sanción a los responsables. En cuanto a los primeros, alude expresamente a un plan de inteligencia; y por lo que toca a los segundos, menciona la falta de investigación seria y efectiva dentro de un plazo razonable y mecanismos de hecho y de derecho que obstaculizan una adecuada administración de justicia (párr. 209 del escrito de demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos). Estos —conforme aparecen narrados en la demanda— serían los hechos que el Estado reconoce cuando se remite claramente a ese acto procesal.

20. No obstante las expresiones enfáticas del Estado en algunos actos del procedimiento internacional, particularmente los realizados o aportados después de la celebración de la audiencia pública del 19 de febrero de 2003, las otras partes en el proceso expusieron

algunas reservas o dudas y requirieron a la Corte que fijara el alcance de aquéllos. Esta petición resulta razonable si se toma en cuenta que en el curso del procedimiento hubo diversidad de expresiones, interpretadas en distinta forma, que podrían llevar a consecuencias asimismo diferentes. Para sustentar una resolución final del tribunal es preciso que exista certeza sobre la posición de las partes y se cuente así con un fundamento firme para establecer las conclusiones y decisiones correspondientes. Esta necesidad justifica el acuerdo de la Corte en el sentido de llevar adelante el enjuiciamiento y traer a cuentas diversas fuentes de conocimiento que permitan sustentar, con mayor certeza, sus determinaciones finales.

21. En mi concepto, la Corte Interamericana debía tomar en cuenta—como en efecto lo hizo—el allanamiento o reconocimiento de hechos, pretensiones y responsabilidad internacional que formuló el Estado, particularmente en la última versión que aportó el titular de la Cancillería el 3 de marzo del 2003. Empero, aun cuando este acto procesal del Estado, con evidentes repercusiones materiales, pudiera implicar, si se aprecia aisladamente, la aceptación “sin condiciones [de] la responsabilidad internacional en el caso de Myrna Mack Chang” (párr. 109), y aparecer como un “allanamiento total e incondicional por parte del Estado demandado” (párr. 111), en el contexto del proceso y dentro del conjunto de los actos que en éste se produjeron, no parecía suficiente para sustentar, sin mayor análisis, la solución final del litigio. De ahí que la Corte atrajera a su propia consideración otros datos del proceso que, asociados con aquél y orientados en el mismo sentido, permitieran dar a la resolución final un sustento más firme y seguro.

22. Por lo anterior, el tribunal se ha valido de cuatro fuentes de conocimiento y decisión, a saber: a) la expresión estatal a través del Canciller de Guatemala, en la citada comunicación del 3 de marzo del 2003, que dicho funcionario entregó al Presidente de la Corte IDH en la sede de ésta; b) los elementos probatorios que figuran en el acervo introducido por la Comisión Interamericana y los repre-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

sentantes de los familiares de la víctima: testimonios, dictámenes y documentos; c) los informes de carácter general, con referencias específicas al caso que ahora nos ocupa, elaborados al cabo del conflicto civil que vivió Guatemala y que fue la circunstancia dentro de la cual ocurrió la privación extrajudicial de la vida de Myrna Mack Chang (a saber: *Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico*, CEH, e *Informe Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica*, REMHI), y d) el libro sobre esos acontecimientos elaborado por el propio Canciller actual de Guatemala, antes de asumir esta función, que consta en el expediente del proceso y en el que se describen ciertos patrones de comportamiento de determinadas autoridades y se hace referencia directa al *Caso Mack Chang*.⁴

4. Cfr. Edgar Gutiérrez, *Hacia un paradigma democrático del sistema de inteligencia en Guatemala*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, esp. pp. 21, 58 y ss., 81 n. 47.

23. Esas cuatro fuentes de conocimiento, que son coincidentes en lo que respecta a la muerte de la señora Mack Chang y a otros extremos del caso *sub judice*, o se complementan entre sí, permiten afirmar que hubo privación extrajudicial de la vida de la víctima, que para perpetrarla existió un acuerdo entre funcionarios del Estado Mayor Presidencial que planearon la vigilancia y la ejecución de la antropóloga guatemalteca, y que en la ejecución participó por lo menos una persona que ha sido procesada y sentenciada en la forma que se describe en el capítulo correspondiente a la violación del artículo 4 de la Convención. El análisis conjunto de los elementos de juicio a los que me he referido sustenta estas afirmaciones. La plena admisión de hechos realizada por el Canciller del Estado concuerda con los señalamientos que figuran en las otras fuentes. Es en este sentido que “la Corte concluye que está establecida la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de la Convención Americana en el presente caso, responsabilidad ésta agravada por las circunstancias en que se produjeron los hechos del *cas d’espèce*”(párr. 114).

24. Si cada una de esas fuentes de conocimiento —particularmente el allanamiento— pudiera ser suficiente en concepto de algún juzgador para resolver este caso en la forma en que lo ha hecho la

Corte Interamericana, las cuatro operan con mayor firmeza, analizadas conjuntamente, para formar la convicción del tribunal en torno a los hechos del presente caso, cuya gravedad específica deriva, por supuesto, de la violación del derecho a la vida, pero también de la forma en la que ésta se planeó, preparó, realizó y ocultó. Las características del asesinato concurren a explicar la obstrucción de la justicia que vulnera, por sí misma y a través de actos y omisiones debidamente detallados en la sentencia, los derechos reconocidos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

25. Es posible que los integrantes de la Corte en el conocimiento del *Caso Myrna Mack Chang*, que tuvieron en cuenta alguno o algunos de los elementos de convicción a los que me he referido *supra*, hayan optado por atenerse a estas fuentes particulares de conocimiento a la hora de emitir sus votos en torno a cada uno de los puntos resolutive de la sentencia. En mi concepto, lo que reviste mayor relevancia es, en fin de cuentas, que el sufragio unánime acerca de las cuestiones de mayor relevancia en orden al fondo del asunto revela que todos los integrantes del tribunal llegaron a la misma conclusión en cuanto a los hechos mismos, al significado de éstos y a su calificación desde la perspectiva de las normas convencionales aplicables, aun cuando formaran esa convicción y sustentaran su voto en vías diferentes de acceso a la verdad.

IV. RESTRICCIONES O SALVEDADES EN LA DECLARACIÓN ADMISORIA POR PARTE DEL ESTADO

26. También es interesante, a mi juicio, formular algunas consideraciones sobre la contradicción o por lo menos la discrepancia que en ocasiones existe entre ciertas declaraciones del Estado, formuladas por conducto de representantes calificados para emitir las, y las posibles declaraciones que hagan otros órganos, a los que la legislación interna atribuye competencia para resolver cuestiones contenciosas. Esto, visto desde el ángulo del Derecho nacional, responde al principio de separación de poderes, que asigna

a cada uno de éstos determinadas facultades específicas, que los otros no pueden asumir o sustituir. Empero, este asunto requiere precisiones desde el ángulo del Derecho internacional, de la responsabilidad internacional del Estado y de las atribuciones resolutorias de un tribunal internacional, que son inatacables —cuando así lo dispone la norma internacional soberanamente reconocida por el Estado parte en un tratado, como en efecto sucede a la luz de la Convención Americana— y deben ser cumplidas por aquél, en mérito de sus compromisos convencionales.

27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio —sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto— y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.

28. Cuando el órgano que representa al Estado en sus relaciones internacionales y cuyos actos obligan a aquél en ese mismo plano —generalmente el Jefe del Estado o la Cancillería correspondiente, que actúan por sí o por medio de delegados debidamente acreditados— formulan declaraciones, admiten hechos, acogen pretensiones o esgrimen defensas, lo hacen en representación del Estado mismo, obligándolo así ante la instancia internacional. Por ello, esos actos de la voluntad del Estado no pueden quedar condicionados a lo que eventualmente expresen otros órganos nacionales en vista del trámite que reciba un asunto ante determinada instancia nacional, conforme a la legislación doméstica. Esto acontece, por ejemplo, cuando la autoridad ejecutiva manifiesta que el Estado en cuya

representación actúa reconoce hechos, que entrañan, por ejemplo, consecuencias penales, o se allana a pretensiones aducidas en la demanda, que igualmente traen consigo efectos internos, pero al mismo tiempo —o en oportunidad posterior— reconsidera el alcance de su expresión, aunque ésta sea enfática y terminante, y deja a salvo el pronunciamiento que pudiera emitir un órgano judicial interno.

29. Quiero dejar bien establecido el sentido de las consideraciones que formulo en este momento. No ignoro, en modo alguno, que la Corte Interamericana no es un tribunal penal, ni está llamada a pronunciarse sobre responsabilidades penales individuales a cargo de personas que en el desempeño de sus cargos públicos violaron derechos humanos, incurriendo en conductas tipificadas como delitos o crímenes. Establecer estas responsabilidades individuales concierne sólo a la jurisdicción penal interna —aunque eventualmente pudiera corresponder a la justicia penal internacional, cuando se presentan los supuestos para que ésta intervenga—, y a este respecto el tribunal de derechos humanos no puede adelantar juicio condenatorio individual alguno. Tampoco supongo que un poder del Estado puede predeterminar la conducta de los otros en un régimen democrático de separación de poderes y distribución de funciones. Empero, el reconocimiento de hechos por parte del Estado implica que éste admite la veracidad de esos hechos y adquiere el deber de extraer de ahí las consecuencias correspondientes, tanto penales como de cualquier otro orden.

30. Ese enlace entre el reconocimiento de hechos y el allanamiento del Estado —en el supuesto de que se formulen en forma clara y completa, sin expresiones que siembren dudas o condicionantes que pudieran llevar a diversas conclusiones y distintos resultados— queda perfectamente claro en tanto la Convención permite que la Corte Interamericana entre a conocer y resolver el tema de reparaciones sobre la base de que, por mediar reconocimiento y allanamiento, ha quedado establecido en forma incontrovertible que existió la violación planteada en la demanda, en qué consistió

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

ésta y que fue realizada por agentes del Estado u otras personas por las que éste deba responder (artículos 63.1 de la Convención y 52.2 del Reglamento). En seguida, será posible disponer el cumplimiento del deber de justicia penal que atañe al Estado, y éste habrá de precisar, en su propio orden interno, qué personas deberán responder individualmente por los hechos delictuosos realizados y reconocidos por el Estado en un foro judicial internacional.

31. Si el Estado condiciona o subordina a actos posteriores la existencia de ciertos hechos —que no es lo mismo que la emisión de condenas individuales por ellos—, cualquier reconocimiento de hechos o admisión de pretensiones expuestos por la autoridad competente para conducir las relaciones internacionales y representar al Estado en asuntos de esta naturaleza, incluso los formulados por el propio Jefe del Estado, tendrían carácter precario, se hallarían expuestas a convalidación o rectificación por parte de otra autoridad interna, a través de un acto de Derecho nacional que podría contradecirlas, modificarlas o revocarlas. Esto sembraría una absoluta incertidumbre en el cumplimiento de los compromisos internacionales, contraídos a la hora en que el Estado se constituye formalmente en parte de un convenio internacional y acepta las consecuencias jurídicas que de ello derivan. En los términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el Estado parte en un tratado no puede esgrimir consideraciones de orden interno para sustraerse a los deberes internacionales que asumió libremente.

32. La precariedad del reconocimiento al que antes me referí llevaría a una consecuencia práctica que oscurecería el desempeño de las jurisdicciones internacionales —y en todo caso el de las relacionadas con la tutela de los derechos humanos— o minaría el acceso de los particulares a éstas, afectaría la seguridad jurídica una vez “tocados” los principios de legalidad y justiciabilidad inherentes a la jurisdicción internacional, y frenaría la operación expedita de estas instancias que representan, hoy día, uno de los baluartes

principales del orden mundial, cuya buena gestión interesa a los propios Estados. La justicia internacional quedaría comprometida, suspendida o supeditada por determinados actos internos, previsibles o imprevisibles desde la perspectiva internacional, e incluso nacional. De ser así, los tribunales internacionales se verían en la necesidad de hacer a un lado, sistemáticamente, los reconocimientos y allanamientos que formulen los Estados, para no poner en riesgo la eficacia de sus propios pronunciamientos.

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

V. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LOS AGENTES

33. En el caso sujeto a juicio, el reconocimiento de hechos formulado por el Estado, que como ya dije se refiere a los incluidos en la demanda de la Comisión Interamericana, más el allanamiento a las pretensiones contenidas en ese acto promotor del proceso, abarca todos los hechos, sin salvedad alguna. Entre éstos figura la participación de varias personas en la violación cometida, bajo diversos títulos jurídicos que poseen entidad propia en Derecho penal: autores materiales, autores intelectuales, cómplices, encubridores. La existencia de una compleja participación delictuosa, con su correspondencia en diversas responsabilidades individuales se desprende de las características mismas de los hechos perpetrados, así como de los elementos probatorios reunidos y ponderados por la Corte, y también se deduce del amplio reconocimiento que hizo el Estado.

34. No es posible concentrar en el Estado una “responsabilidad penal” a título de homicidio, que volvería a dejar en la oscuridad y en la impunidad las responsabilidades individuales. La idea del crimen de Estado, una expresión dramática y eficaz desde la perspectiva pública y política, que describe la existencia de “redes conspirativas” en el seno del poder formal, pudiera implicar, dado su amplísimo alcance, que se atribuye participación delictuosa a cuantos forman parte del Estado —y, de hecho, constituyen el Estado mismo—, conclusión a todas luces excesiva, y traer consigo la tentación de subordinar la efectiva y concreta responsabilidad

penal individual a una hipotética y genérica responsabilidad del Estado, o por lo menos ocultar aquélla bajo el manto de ésta. Son previsibles las consecuencias de este hecho, que en ocasiones se plantea de buena fe, pero cuyos resultados pueden ser contrarios a los que se pretende alcanzar.

35. Existe, como se ha dicho uniformemente, una obligación estatal de investigar hechos violatorios de derechos humanos, procesar a los participantes en ellos, emitir la sentencia condenatoria que corresponda y ejecutar las penas respectivas. Este es el “deber de justicia penal” al que *supra* me he referido y que forma filas en el sistema de reparaciones previsto por el artículo 63.1 de la Convención, conforme a la interpretación progresiva que ha hecho la Corte Interamericana en un desarrollo que figura entre las mejores aportaciones de su jurisprudencia a la tutela de los derechos humanos. Para que esa justicia penal sea efectiva es necesario que sea completa, no apenas selectiva, y es preciso que se realice dentro de un plazo razonable. De lo contrario se incurriría en una impunidad absoluta o relativa, pero impunidad en fin de cuentas, que constituye el mejor “salvoconducto” para la violación de los derechos humanos.

36. La sentencia en el *Caso Mack Chang* aborda esos temas. Por una parte, no se satisface con el enjuiciamiento y la condena de uno de los responsables de los hechos ilícitos, cuando hay elementos (entre ellos, como antes se dijo, la propia admisión de hechos por parte del Estado) para suponer que fueron perpetrados por varias personas. No sería lo mismo, evidentemente, si por las características del caso fuese probable y creíble que la autoría de las violaciones se confinara en una sola persona. En el caso al que se refiere esa sentencia, la Corte ha entendido que hay participación en hechos violatorios que se traduciría, bajo el Derecho penal interno, en participación delictuosa.

37. Esa participación delictuosa puede comprender las formas de autoría que registra un sector de la doctrina y que suele establecer

la legislación doméstica: autoría material e intelectual, mediata o inmediata, y también puede abarcar formas de complicidad e incluso de encubrimiento por acuerdo anterior entre los participantes. Asimismo, es factible que exista encubrimiento como delito autónomo, por acuerdo posterior a los hechos constitutivos de delito, como se suele tipificar en diversos ordenamientos penales. En estos términos entiendo las expresiones de la sentencia cuando alude a “identificar, juzgar y sancionar a todos los autores materiales e intelectuales, y demás responsables de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang, y del encubrimiento de la ejecución extrajudicial y de los otros hechos del presente caso, independientemente de la persona que ya se encuentra sancionada por estos hechos” (párr. 275). La sustracción a la justicia de alguno o algunos de los responsables, en el caso de haber varios, mantendría viva la impunidad y dejaría incumplido, al menos parcialmente, el deber de justicia penal que tiene el Estado.

VI. DEMORA EN LA JUSTICIA. PLAZO RAZONABLE

38. La excesiva demora en la impartición de justicia constituye, de alguna manera, denegación de justicia. “Justicia retrasada es justicia denegada”, señala una antigua máxima, invocada con frecuencia. La exigencia de observar un plazo razonable para la solución de las controversias vinculadas al tema de los derechos humanos tiene varias proyecciones dentro de este mismo marco. En una primera hipótesis, se aplica al tiempo para el desarrollo de un proceso contra cualquier persona. Es así que la Corte ha indicado que “el principio de ‘*plazo razonable*’ al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente”.⁵

39. No cesan en el supuesto antes descrito las exigencias del principio de razonabilidad aplicables al tiempo que puede tomar un procedimiento, desde la perspectiva de los derechos humanos y

- Derecho a la vida
- Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
- Responsabilidad del Estado y de los agentes
- Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
- Titular del derecho a la indemnización
- Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias

5. Caso Suárez Rosero, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35, párr. 70.

con relación a éstos. Hay por lo menos otras dos hipótesis en las que rige ese principio. Una de ellas se asocia a la petición de justicia en el fuero interno antes de recurrir a la tutela internacional, como resulta de la posibilidad de que la Comisión Interamericana admita una queja aunque no se hubiesen agotado previamente los recursos de jurisdicción nacional, en los términos del artículo 46.1.a de la Convención, cuando “haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos” (artículo 46.2.c). Aquí existe una expresión de la regla de “defensa material” del individuo, vinculada al principio *pro homine*, característico del régimen de tutela de los derechos humanos e invocable tanto para conocer el sentido de una norma e inscribirla en el propósito que la justifica como para resolver, específicamente, un punto contencioso.

40. Un supuesto más para la vigencia del principio de razonabilidad en cuanto al tiempo, siempre a favor de la tutela efectiva de los derechos humanos y de la realización eficaz de las consecuencias que esa tutela trae consigo, se presenta a propósito del procedimiento, en amplio sentido, que el Estado debe desarrollar contra los responsables de hechos violatorios de derechos fundamentales, para dar cumplimiento al multicitado deber de justicia penal. Esto último se enmarca en el acceso de la víctima a la justicia del Estado. Si se impide ese acceso, o se condiciona a requisitos numerosos o inaccesibles, o se demora excesivamente, surgirá la violación de la norma que asegura a toda persona el derecho a que la determinación de sus derechos y obligaciones se haga dentro de un plazo razonable. Evidentemente, la situación jurídica que finalmente tengan la víctima y sus derechohabientes, de ser el caso, podrá depender de la decisión que el Estado adopte en el procedimiento persecutorio de la conducta ilícita.

41. La oportunidad en la solución de un asunto, por medio de los procedimientos que provee la justicia del Estado, debe analizarse desde la perspectiva de diversos factores que concurren a explicar las demoras que pudieran advertirse, como lo ha hecho notar la

jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, acogida por la Corte Interamericana La Corte ha fijado un criterio que proviene de la jurisprudencia europea: complejidad del asunto, conducción del procedimiento por parte de las autoridades, ejercicio del derecho de defensa, entre otros elementos dignos de consideración,⁶ y que se reitera en resoluciones de los últimos años: atiéndase a la complejidad del asunto, a la actividad procesal del interesado y a la conducta de las autoridades judiciales.

42. Sin embargo, esa tardanza prolongada, por sí misma, puede quebrantar flagrantemente el principio del plazo razonable, independientemente de aquellas consideraciones indicativas. En algún caso, la Corte IDH estimó que cinco años serían más de lo que corresponde a un plazo razonable,⁷ y en otro estimó que un período de cincuenta meses “excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana”.⁸ Como ya dije, el principio de razonabilidad, con sus naturales referencias temporales, no sólo abarca el proceso en contra de una persona cualquiera, sino también el procedimiento para atender la obligación de justicia penal que trae consigo una sentencia de reparaciones. En el asunto que ahora me ocupa, la duración del procedimiento, con todas sus implicaciones y en sus diversas facetas, ha más que duplicado esos plazos, sin que exista decisión definitiva. Al “momento de la presente sentencia, después de más de 13 años, el proceso penal se encuentra en curso y está pendiente de resolverse el recurso de casación, por lo que aún no se ha emitido sentencia definitiva que determine y sancione a todos los responsables de la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang” (párr. 272).

VII. RESPONSABILIDAD AGRAVADA

43. En el párrafo 114 de la *Sentencia*, que cité *supra*, existe una referencia al “agravamiento” de la responsabilidad del Estado, tomando en cuenta “las circunstancias en que se produjeron los hechos”. Esta expresión motiva un comentario. En Derecho penal es

- Derecho a la vida
- Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
- Responsabilidad del Estado y de los agentes
- Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
- Titular del derecho a la indemnización
- Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
- Cargas tributarias

6. Cfr. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997 (Nicaragua). Serie C, núm. 30, párr. 77, que invoca Eur Court H.R., *Motta judgement of 19 february 1991*, Series A, num. 195-A, párr. 30, y *Ruiz Mateos vs. Spain judgement of 23 June 1993*, Series A, num. 262, párr. 30. Asimismo, cfr. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, Sentencia de 31 de agosto de 2001, Serie C No. 79, párr. 134, y *Caso del Tribunal Constitucional (Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo Marsano vs. Perú)*, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 843. Entre los asuntos de fecha más reciente, conviene mencionar que también se ha considerado el problema del plazo razonable en el *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, Sentencia de 21 de junio de 2002, párrs. 143 y ss.

7. *Caso Genie Lacayo*, Sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C No. 30, párr. 81

8. *Caso Suárez Rosero*, Sentencia del 12 de noviembre de 1997, cit., Serie C No. 35, párr. 73.

común hablar de circunstancias agravantes, o bien, dentro de una terminología más moderna, de elementos del tipo penal que implican o destacan la mayor gravedad de la conducta y construyen, a partir del tipo básico o general, uno especial calificado. En ambos supuestos el legislador refleja en el trato penal de los hechos y del responsable la mayor gravedad que revisten aquéllos tomando en cuenta datos tales como bienes vulnerados (además del bien central sujeto a tutela: *p. ej.* la vida), vínculo entre el victimario y la víctima, modo o medios de ejecución, causas o motivaciones, conexión psicológica o finalidad que persigue el delincuente.⁹ Cuando se trata de circunstancias agravantes, corresponde al juzgador aplicar las consecuencias previstas en la norma, y cuando viene a cuentas un tipo penal agravado, la propia ley consigna una punibilidad genérica más severa. Finalmente, compete al tribunal adecuar la pena, dentro de esa punibilidad genérica, considerando el hecho realizado y la culpabilidad del agente.

9. Cfr. Cfr. López Bolado, Jorge D., *Los homicidios calificados*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975; y Levene (h), *El delito de homicidio*, Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 173 y ss.

44. Es posible considerar todo lo anterior en el examen del presente caso, sin perder de vista, por supuesto, que la Corte Interamericana no opera en el ámbito de la justicia penal, que corresponde a la jurisdicción interna. Por ello, mi reflexión sólo sirve para establecer una analogía ilustrativa. Efectivamente, en esta hipótesis se presenta un agravamiento objetivo de los hechos, en la medida en que resulta notorio, al amparo de los elementos de conocimiento disponibles a los que ya me referí, que no se trató de un crimen aislado, producto del designio de un individuo, sino existió un elaborado plan para privar de la vida a la víctima en función de las actividades de ésta —investigación social y difusión de sus resultados, que entrañan una visión crítica de los programas oficiales—, y de que en ese plan intervinieron presumiblemente tanto operadores como funcionarios responsables en el área de seguridad. Este aparato, que contaba con importantes recursos de poder, se puso al servicio de acciones que implicaron la violación del más relevante derecho de la víctima, la vida, para poner término a las tareas que ésta realizaba y advertir a otras personas sobre las consecuencias

que traería consigo una conducta semejante, no obstante ser ésta legal conforme a las normas vigentes cuando ocurrieron los hechos.

45. Un aspecto destacado de la gravedad que reviste el caso sujeto a juicio reside en los obstáculos que hubo para la debida investigación de los hechos y la persecución penal de los responsables. En la *Sentencia* figura una detallada exposición de estos obstáculos y del “laberinto” que ha supuesto la aún inconclusa indagación del delito, así como de las consecuencias que esa indagación tuvo para quienes participaron en ella e intentaron esclarecer los acontecimientos e identificar a los autores. Es preciso tomar en cuenta los relatos que hicieron, a este respecto, varios testigos cuyas declaraciones constan en el expediente, como Rember Aroldo Larios Tobar, exjefe del departamento de Investigaciones Criminológicas de la Policía Nacional de Guatemala (párr. 127.e), y Henry Francisco Monroy Andino, exjuez penal (párr. 127.f). En el contexto de estos problemas y de sus efectos sobre la vida y la seguridad de quienes intervinieron en tareas de investigación y enjuiciamiento, estimo relevante que la *Sentencia* haya dispuesto que el Estado honre públicamente la memoria de José Miguel Mérica Escobar, miembro de la policía que participó en la investigación del homicidio de la señora Mack Chang y fue asesinado (párr. 279).

46. La mayor gravedad de los hechos deberá ser tomada en cuenta, ciertamente, para la formulación del reproche que entraña una sentencia sobre violación de derechos humanos, como ha ocurrido en esta resolución final, y habrá de pesar en las decisiones que adopte, en su hora, la jurisdicción penal doméstica, tanto en lo que corresponde a penas privativas de libertad como en lo que concierne, en su caso, a otras sanciones: así, privación de derechos o de funciones, inhabilitación, resarcimiento, etcétera.

47. Queda presente la pregunta sobre la forma en que dicha mayor gravedad pudiera proyectarse sobre las reparaciones que disponga la Corte IDH. A mi juicio, es perfectamente posible que

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

influya en actos de compensación moral, difusión de la sentencia, expresión de culpa y requerimiento de perdón en declaraciones oficiales, exaltación de la memoria de la víctima. Otra cosa son las consecuencias estrictamente patrimoniales —a saber, indemnizaciones por daño material e inmaterial, conceptos que tienen entidad propia y atienden a su propia normativa—, que surgirían si se pretendiese fundar en aquella mayor gravedad la fijación de “daños punitivos”, concepto que no ha acogido la jurisprudencia de este tribunal, que corresponde más a la noción de multa que a la de reparación del daño y que en todo caso gravitaría sobre el Erario, lo que implica, en definitiva, una carga adicional para los contribuyentes y una merma, también adicional, a los recursos que debieran servir para programas de orden social.

48. Dentro de las reflexiones que suscita la actuación de un Estado, cualquiera que éste sea, obligado a garantizar condiciones de seguridad pública y a reconocer y proteger con escrúpulo los derechos de los gobernados —tareas, ambas, inherentes a la preservación del Estado de Derecho en una sociedad democrática—, cobra especial significado, en mi concepto, el señalamiento hecho por la CorteIDH acerca de la subordinación de los organismos de seguridad a las normas del orden constitucional democrático, los tratados internacionales de derechos humanos y el Derecho internacional humanitario (párr. 284). Ni siquiera la lucha contra formas de delincuencia que revisten enorme gravedad puede servir como argumento para la erosión del sistema de derechos y garantías construido por la humanidad en el curso de varios siglos y a costa de infinitos esfuerzos y sacrificios.

49. La preservación del Estado de Derecho debe asegurarse sin quebranto de los principios y las normas que lo caracterizan. Sobre este punto ha sido enfático el pronunciamiento de la CorteIDH en el *Caso Maritza Urrutia*, cuya sentencia se produjo inmediatamente después de la relativa al *Caso Mack Chang* y que se refiere al problema de la tortura. Sobre esta cuestión, el tribunal afirmó que

la investigación y el procesamiento por los delitos más graves, cualesquiera que éstos sean, no puede invocarse como pretexto para vulnerar los derechos humanos del inculpado. La proscripción terminante de la tortura, en todas sus formas —física y psicológica—, forma parte del *jus cogens* internacional.

VIII. LA VÍCTIMA DE LOS HECHOS VIOLATORIOS

50. La importante sentencia a la que agrego este *Voto concurrente* suscita de nuevo la reflexión acerca de la víctima de un hecho violatorio: alcance de este concepto en función de los bienes y derechos afectados reconocidos por la Convención Americana —o por otros instrumentos aplicables— e implicaciones sobre la conexión entre el menoscabo de un bien, la persona que lo sufre y la medida favorable a ésta que la Corte dispone en la sentencia. La protección de la víctima —y desde luego la prevención de las violaciones a los derechos humanos de todas las personas— constituye el *desideratum* del sistema interamericano y la razón de ser de las instituciones que concurren bajo este rubro, como la Corte Interamericana. De ahí que en diversas resoluciones se haya examinado el concepto de víctima, que luego permite saber, con adecuada precisión, quiénes son los titulares del derecho a las reparaciones que previene la Convención y que figuran, en forma cualitativa y cuantitativa, en las sentencias de la Corte. De esta materia me he ocupado en otro *Voto* particular.¹⁰

51. Jurídicamente, víctima es quien resiente el daño de un bien jurídico amparado por un derecho o una libertad que poseen la relevancia necesaria para figurar en la elevada categoría de los derechos “humanos o fundamentales”. El artículo 63.1 de la Convención, que constituye el marco para las determinaciones de la Corte en lo que respecta a las reparaciones, que a su vez son un capítulo descolante en el conjunto del sistema protector de los derechos humanos —sin reparaciones, éste quedaría privado de efectos prácticos—, señala que una vez establecido que hubo vio-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

10. Cfr. *Voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez en CIDH, Caso Bámaca Velásquez, Sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, 2001, pp. 171 y ss., párrs. 2-5.*

lación de un derecho o libertad el tribunal interamericano “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*” (énfasis agregado).

52. Como se ve, la Convención Americana identifica al sujeto activo de la violación como “lesionado” o “parte lesionada”, esto es, como persona humana (considerando, en este punto, la expresión del artículo 1.1 del mismo Pacto de San José) que sufre la “lesión” (vulneración, menoscabo, reducción: ataque realizado, en suma, no sólo peligro de afectación) de un bien —debido a la vulneración de un derecho o libertad reconocidos en la Convención— y por ello se coloca como “parte” en un litigio (aludo a parte en sentido material y a litigio como dato sustantivo previo al proceso, medio compositivo de aquél, siguiendo la terminología carnelluttiana) en el que se hallan frente a frente el Estado y la persona lesionada, sin perjuicio de que en la contienda procesal actúen las partes en sentido formal que la propia Convención reconoce. En los términos del artículo 63.1, la garantía del derecho o la libertad conculcados corresponde al *lesionado* y el pago de la indemnización —que es una especie, no la única, en el género de las reparaciones, como ha reiterado la jurisprudencia de la Corte—, a la *parte lesionada*.

53. El Reglamento de la Corte, aprobado en el año 2000 y vigente hoy día, se ocupa en caracterizar a la “víctima” y a la “presunta víctima”. Así, entiende que víctima es “la persona cuyos derechos han sido violados de acuerdo con sentencia proferida por la Corte” (artículo 2.31), y presunta víctima significa “la persona de la cual se alega han sido violados los derechos protegidos en la Convención” (artículo 2.30). Es evidente que conforme a este Reglamento los conceptos de víctima y presunta víctima se identifican con lesionado o parte lesionada, por un lado, y con presunto lesionado o presunta parte lesionada, por el otro. Aun cuando la

Convención no se expresa en términos de presunción, éstos permiten la designación natural de quien ha sido señalado como víctima mientras se llega a la resolución declarativa que transforma ese señalamiento, procesal y preliminar, en una calificación jurídica, acreditada y definitiva. Así, la relación que antes mencioné entre lesionado y parte lesionada, de un lado, e indemnización, de otro, queda igualmente establecida en lo que respecta a víctima o presunta víctima e indemnización.

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

54. Ahora bien, el Reglamento del año 2000 —cuarto Reglamento en la historia de la Corte Interamericana—, que ha ensanchado el papel de los particulares ante el tribunal, aproximando cada vez más —hasta donde lo permite el marco procesal del Pacto de San José— la parte material y la parte procesal, incorporó referencias a los familiares. Esta voz significa “los familiares inmediatos, es decir, ascendientes y descendientes en línea directa, hermanos, cónyuges o compañeros permanentes, o aquellos determinados por la Corte en su caso” (que pudieran estar vinculados con la víctima directa e inmediata por una relación de parentesco más o menos cercana, y por motivos de afecto y convivencia que llevan a tratarlos con la misma relevancia y las mismas consecuencias que corresponden a esos otros “familiares inmediatos”).

IX. EL TITULAR DEL DERECHO A LA INDEMNIZACIÓN

55. Estas precisiones, relacionadas primordialmente con la legitimación procesal de las personas allegadas a quien ha resentido la lesión de manera directa e inmediata, no excluye la posibilidad, ampliamente explorada y reconocida en la jurisprudencia de este tribunal internacional, de que esos familiares o allegados devengan, a su turno, víctimas de violaciones a derechos humanos, si se configuran en relación con ellos lesiones que revistan este carácter, y se reúnen, por lo tanto, las condiciones necesarias y adecuadas para recibir la indemnización que corresponda a la lesión que han sufrido en sus propios bienes o derechos.

56. La lesión de una libertad o un derecho puede ocurrir de manera directa, por obra del “golpe” que el acto o la omisión del agente significan, de manera inmediata y autónoma, sobre el bien jurídico del sujeto (así, la muerte causada por un agente del Estado), o en forma indirecta, como consecuencia de aquella conducta, que no se ha propuesto causar el daño que “indirectamente resulta”, sea que éste sea consecuencia notoria y necesaria del hecho realizado, sea que sobrevenga en el encadenamiento de causas y efectos que se produce a partir del hecho violatorio en las circunstancias de un caso específico (así, el intenso sufrimiento de una madre con motivo del secuestro, la tortura, la desaparición o la muerte de su hijo). En tal hipótesis, el resultado lesivo que proviene de esta afectación indirecta no ha sido querido o producido inmediatamente por el hecho violatorio. Dicho de otra manera, no es el fin buscado por el agente del Estado, ni constituye el motivo o la razón de ser de la conducta violatoria, como lo es, en el supuesto anterior, la privación de la vida.

57. Sin embargo, una vez que se ha presentado esa lesión indirecta existen ya la afectación de la salud, la integridad, el patrimonio, etcétera, y la violación del derecho y del precepto correspondientes dentro del catálogo recogido por la Convención Americana. Quien resiente esa afectación se constituye en víctima —prevista o inesperada, seleccionada o eventual— de una violación, y bajo ese título comparece en el enjuiciamiento internacional y se beneficia de las resoluciones judiciales sobre reparación del daño. Un paso más allá en el conjunto de los sujetos que llegan a la escena de la justicia internacional se halla la persona a la que no se reconoce explícitamente la condición de víctima directa o indirecta, pero sufre ciertas consecuencias adversas derivadas de la violación y resulta, de hecho, victimada por la violación cometida. Tal es el caso de quienes experimentan dolor, sufrimiento, angustia a causa de ésta (cfr. párr 225 de la *Sentencia*, que remite al desarrollo aportado por las sentencias de la Corte IDH en los *Casos “Niños de la calle”* o *Villagrán Morales y otros*, y *Castillo Páez. Reparaciones*), y a los que se otorga

cierta indemnización, a título de reparación de daño inmaterial, en virtud del padecimiento que los hechos les ocasionaron. Existe, pues, en una zona de “evolución jurisprudencial”, una categoría que no figura bajo el rubro de la víctima directa y apenas comienza a ser calificada como víctima indirecta, pero resulta acreedora a las reparaciones porque también ha sido perjudicada por los hechos que llegan al conocimiento de la Corte. En suma, todos esos sujetos quedan abarcados por el concepto de “Beneficiarios” (Cap. XIII de la *Sentencia*) que suele emplear la Corte y que abarca a víctimas directas, víctimas indirectas y otras personas que se hallan en la tenue y corrediza línea divisoria entre estas últimas y los terceros.

58. El tema al que ahora me refiero se suscita de manera más sugerente en el caso de quien experimenta sufrimiento, que puede ser muy intenso, a consecuencia de la agresión recibida por otra persona: así, por ejemplo, la madre por lo que hace al hijo; un sufrimiento tan natural o evidente que ni siquiera es necesario probarlo —ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Interamericana— a cambio de que sí lo sea el dolor causado a otros familiares: el sufrimiento de la madre se presume *juris tantum*. Si esto es así, ¿qué diferencia sustantiva existe entre el sufrimiento causado al destinatario directo de la acción del agente y el quebranto producido sobre la integridad psíquica o moral del familiar cercano, que lo padece a partir de la conducta ilícita del propio agente?

59. Es evidente que nos hallamos, como líneas antes mencioné, ante una frágil, huidiza línea divisoria entre quienes son reconocidos como víctimas directas o indirectas y quienes no siempre reciben esta calificación, pero se benefician de las reparaciones que dispone la Corte. En algunos casos, ese lindero parece claro; en otros resulta particularmente oscuro. Si una persona resulta afectada por el hecho violatorio, ¿no debiera ser considerada víctima —porque en efecto sufre la afectación de un bien tutelado y el menoscabo de cierto derecho reconocido por la Convención—, aun cuando técnicamente se le califique como víctima indirecta? Y si

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

no es víctima, ¿cuál es su calidad y de dónde proviene su derecho a recibir cierta indemnización? Vuelvo al ejemplo que mencioné en el párrafo anterior: el pariente muy cercano de la persona que pierde la vida o padece un daño severo, experimenta gran dolor o sufrimiento por este motivo, y en consecuencia ve mellada su integridad psíquica, que es precisamente un bien tutelado por el artículo 5.1 de la Convención Americana, aunque el agente que perpetró la violación no se haya propuesto afectar esa integridad. Aun así, éste ha determinado, con una conducta ilegítima suya, la producción de aquel sufrimiento, y de esta suerte ha vulnerado la integridad psíquica del tercer sujeto.

60. El hecho de que se disponga cierta indemnización por el daño moral causado a otras personas, independientemente del ocasionado a la víctima inmediata y seleccionada, pone de manifiesto que éstas poseen un título jurídico que les permite ser acreedoras a esa indemnización, título que enlaza con el que ostentan quienes son expresamente considerados como víctimas. El derecho a la indemnización proviene de un supuesto que se presenta por igual en unos y en otros: haber padecido lesión en la integridad psíquica, a causa de una conducta externa indebida por parte de un agente del Estado, con violación de la Convención Americana.

61. El régimen de protección que erige el Pacto de San José no hace distinción alguna entre las afectaciones directas y las indirectas, ni atiende al carácter mediato o inmediato de aquéllas. La fuente de la lesión es una sola: la conducta ilícita del agente del Estado. La caracterización del resultado también es una: violación de un derecho, en la especie, del derecho a la integridad psíquica. El efecto jurídico para el Estado es el mismo: obligación de reparar el daño causado ilícitamente. La determinación del tribunal es idéntica en ambos supuestos: pago de cierta cantidad como indemnización por daño inmaterial, alivio del dolor causado. Por todo lo dicho me parece acertado el criterio de la Corte al examinar este problema en el presente caso y resolver que “los familiares de Myrna Mack Chang

deben ser considerados como víctimas porque el Estado les ha vulnerado su integridad psíquica y moral” (párr. 232 de la *Sentencia*).

62. Es verdad que la reconsideración de estos conceptos pudiera extender el universo de las víctimas, pero también lo es que muchas personas resultan afectadas por el hecho violatorio de manera tal que sufren menoscabo en los bienes jurídicos que la Convención tutela. Si se revisa la jurisprudencia de la Corte Interamericana se verá que hay un elevado número de reparaciones de carácter indemnizatorio motivadas por el daño moral —actualmente reclasificado como especie del daño inmaterial— ocasionado en forma inmediata a quien figura como presunta víctima, primero, y como víctima probada, después; y lo hay también a otros sujetos cuyo daño y cuyo derecho se acreditan en el curso del procedimiento y a quienes, sin embargo, no se reconoce aquella denominación, aunque se reconozca su consecuencia característica: la reparación.

X. LIBERTAD DE EXPRESIÓN

63. Estimo que el *Caso Myrna Mack Chang* pudiera entrañar, además de las violaciones reconocidas por la Corte Interamericana, un ataque a la libertad de expresión que consagra el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera más precisa y relevante que el *Caso Maritza Urrutia*, en el que la Comisión Interamericana planteó ese concepto de violación. En este último asunto, el tribunal internacional estimó —y comparto esa decisión— que los hechos identificados como violatorios del artículo 13 quedaban mejor abarcados por otros conceptos, como son el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (artículo 8.2.g) y la prohibición de infligir tratos degradantes (artículo 5.2).¹¹

64. En el *Caso Mack Chang*, las reacciones autoritarias que finalmente cobraron la vida de ésta se suscitaron, según se desprende de los datos que constan en la causa, a partir de las investigacio-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

11. Cfr. párr. 103 de la *Sentencia* en el *Caso Maritza Urrutia vs. Guatemala*, de 27 de noviembre de 2003.

nes y publicaciones que la antropóloga había realizado sobre los desplazamientos internos de grupos de la población civil en su país. No se acreditó que Myrna Mack hubiera pertenecido a un grupo rebelde combatiente o hubiese participado en actividades de resistencia efectiva —eventualmente resistencia armada— a las fuerzas del orden público. Lo que pudo atraer la atención de los agentes del Estado que finalmente intervinieron en la privación de su vida fue la publicación de los resultados de sus investigaciones sobre aquel tema, que implicaban serios cuestionamientos a determinadas políticas y acciones gubernamentales.

65. Efectivamente, en el capítulo sobre hechos probados se manifiesta que Myrna Mack Chang, antropóloga profesional, con postgrado en Inglaterra (párr. 134.1), “estudió el fenómeno de los desplazados internos y de las Comunidades de Población en Resistencia de Guatemala (CPR) durante los años de la guerra civil”. Fue socia fundadora de la Asociación para el Avance de las Ciencias Sociales en Guatemala (AVANCSO), creada “con el propósito de realizar investigaciones sobre las causas y consecuencias de los desplazamientos de las comunidades indígenas rurales, las condiciones de vida de las víctimas de este fenómeno y las políticas gubernamentales hacia los desplazados”. Con base en sus investigaciones, concluyó que “la causa principal de los desplazamientos fue el programa de contrainsurgencia”, calificó de “mínimos” los “esfuerzos del Gobierno para solucionar estos problemas y criticó la política del Ejército hacia los desplazados” (párr. 134.2). En ese mismo capítulo acerca de los hechos probados en esta causa, se expresa que “la ejecución extrajudicial de Myrna Mack Chang tuvo una motivación política, en razón de las actividades de investigación que desarrollaba sobre las Comunidades de Población en Resistencia (CPR) y las políticas del Ejército guatemalteco hacia las mismas. Esta situación la llevó a ser señalada como una amenaza para la seguridad nacional y para el Gobierno guatemalteco” (párr. 134.7).

66. Obviamente, no pretendo analizar aquí los fundamentos cien-

tíficos o técnicos de su trabajo de investigación, ni el acierto o desacierto de sus conclusiones. Esto se halla completamente fuera, y de la apreciación de la Corte y de mis comentarios. Lo que debo destacar es que la víctima tenía “derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”, y que este derecho comprendía “la libertad de buscar, recibir y difundir información 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” (artículo 13.1 de la Convención).

67. El propio artículo 13.2 previene los límites que tiene el ejercicio de la referida libertad: respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral pública, cuya afectación indebida podría dar lugar a responsabilidades ulteriores. Aun suponiendo que las publicaciones de Myrna Mack hubieran significado, en algún aspecto, infracciones con respecto a esos bienes o derechos individuales o colectivos —cosa que no se ha demostrado, resulta evidente que el medio para sancionar tales excesos debía ajustarse, a su vez, a las disposiciones de la ley. Sobra ponderar la diferencia que media entre esta posible reacción jurídica y la reacción *de facto* que efectivamente se produjo.

68. Un derecho o libertad resultan vulnerados no solamente cuando se impide su ejercicio en forma absoluta, a través de medidas que lo hacen materialmente impracticable, sino también cuando se crean condiciones que pretenden imposibilitar ese ejercicio o llevar a los titulares del derecho o la libertad a situaciones extremas que significan, en la realidad, impedimentos insalvables o difícilmente superables. El acceso a la justicia resulta ilusorio —y se vulnera, por lo mismo, la garantía judicial del ciudadano— cuando la defensa de los derechos por la vía judicial se halla sujeta a tasas o requisitos que la ponen fuera del alcance de los individuos, punto que la Corte examinará en el *caso Cantos*, o cuando se oponen medidas de intimidación que generan temor o terror en los

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

potenciales demandantes, que por ello se retraen de ejercer los derechos que nominalmente tienen.

69. El asedio sobre Myrna Mack Chang sirvió al objetivo —como se desprende del expediente— de disuadir o sancionar la conducta de ésta en lo relativo a sus investigaciones o publicaciones: en otros términos, vulnerar la libertad de pensamiento y expresión de los que nominalmente disfrutaba en los términos de la legislación interna y de la normativa internacional a la que me he referido. Los actos de intimidación que antes de su muerte sufrió la antropóloga Mack Chang han sido relatados por testigos en el presente caso, como Clara Arenas Bianchi, miembro de la junta directiva de AVANCSO (párr. 126.b), Julio Edgar Cabrera Ovalle, obispo de Quiché (párr. 127.a), y Helen Beatriz Mack Chang, hermana de la víctima (párr. 127.d).

70. Más todavía, la represión de la que fue víctima también se proyecta sobre el ejercicio de la libertad de expresión en el conjunto de la sociedad, cuyos integrantes se ven inhibidos de difundir sus ideas por el temor a sufrir consecuencias como las que se produjeron en el caso al que se refiere esta sentencia, o quedan privados de la posibilidad de recibir libremente la información y las reflexiones de quienes sustentan puntos de vista diferentes de los que la autoridad estima plausibles.

XI. OTROS TEMAS

71. Creo que en la futura jurisprudencia de la Corte Interamericana podrán aparecer algunos temas que figuran en esta resolución y otras anteriores, o que éstas suscitan. Por ejemplo, en la presente *Sentencia* se reitera el criterio de la Corte, sistemáticamente seguido en numerosas resoluciones, de que retornen al Estado las cantidades que el tribunal dispone entregar a título de indemnización, cuando no sean reclamadas por los beneficiarios en determinado plazo, pudiendo hacerlo. Es conveniente explorar la posibilidad de que esas sumas sean aplicadas a otros conceptos vinculados con de-

rechos humanos, conforme a las características del caso al que se refiere la sentencia respectiva y siguiendo, en lo pertinente, la línea sobre aplicación de recursos a un destino socialmente útil y estrechamente vinculado con las víctimas, que se ha perfilado en otras sentencias; así, las correspondientes a los *Casos Aloboetoe* (Suriname) y *Comunidad Mayagna Awas Tigni* (Nicaragua). Pudiera apreciarse —aunque no lo afirmo ahora mismo— que ese destino es más consecuente con el régimen general de reparaciones y la protección de los derechos humanos que la simple devolución al Estado de una suma que hace tiempo quedó excluida, en virtud de una sentencia, del gasto público ordinario y fue atribuida, bajo el mismo título, a un fin vinculado con la tutela de aquellos derechos.

72. También será interesante examinar algunas implicaciones del sistema de reparación a favor de las víctimas, habida cuenta de que éstas deben contar con las mejores condiciones para satisfacer los derechos que provienen del hecho ilícito. A este respecto, resulta interesante recordar que la jurisdicción interamericana es complementaria de la nacional, a la que sólo suple cuando ésta no protege efectivamente los derechos internacionalmente reconocidos. En diferentes palabras, aquélla interviene para satisfacer el derecho de los particulares —entre otros objetivos conexos, de la mayor trascendencia, que no pretendo examinar ahora— y no debiera, en ningún caso, significar una reducción en los términos de los derechos subjetivos y sus correspondencias materiales. Esta idea se localiza, por lo demás, en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención. Esto se observa especialmente en el punto b) de dicho precepto, que prohíbe cualquier interpretación del Pacto de San José que lleve a “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados”.

73. En varias sentencias, la Corte Interamericana se ha remitido a la legislación nacional y/o a instancias del Derecho interno pa-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

ra cuantificar las consecuencias económicas de la violación cometida. Obviamente, en estos casos la Corte no se ha abstenido de formular condena dejando al sistema interno la adopción de tan relevante consecuencia de la violación cometida. Por el contrario, ha dispuesto claramente la condena, cuando ello ha sido pertinente, como corresponde a su deber jurisdiccional, pero al mismo tiempo ha reconocido que algunos aspectos de esa decisión pueden ser precisados adecuadamente al amparo de la ley nacional y por parte de las autoridades internas, como ha ocurrido en asuntos que involucran indemnizaciones laborales, estimaciones mercantiles, precisiones sobre posesión o dominio, etcétera, sin que esto implique, obviamente, dejar en terceras manos la definición de puntos esenciales de la condena o renunciar a la facultad de supervisión sobre el cumplimiento de sus resoluciones, que es inherente a su misión jurisdiccional y sin la cual no podría cumplir las atribuciones y los deberes que le asignan los artículos 33,b, 62.1, 63.1 y 65 de la Convención.

74. En otros términos, hay consideraciones de orden práctico, e incluso de equidad, que fundan la posible y conveniente remisión a normas e instancias internas de ciertas especificaciones por hacer dentro del marco de la declaración y la condena que ya ha formulado la Corte internacional. En este orden de cosas, pudiera ocurrir que la aplicación objetiva del Derecho interno lleve a mejorar la posición de la víctima en puntos patrimoniales. Si tal fuere el caso, ¿es pertinente que la sentencia internacional cierre al sujeto lesionado la posibilidad de obtener ante la justicia doméstica resultados más favorables para él, si ello fuera posible al amparo de normas nacionales? Si la respuesta a esta pregunta fuese negativa, ¿podría entenderse, en consecuencia, que la decisión de la Corte constituye una “base” o “límite mínimo” de resarcimiento, que puede ser mejorada ante las instancias internas, cuando existe fundamento, también de Derecho interno, para alcanzar esa ventaja? ¿Acaso no pueden ser ampliadas y mejoradas las reparaciones no patrimoniales dispuestas por la Corte cuando el Estado, de común acuerdo

con los beneficiarios —e incluso sin este acuerdo—, resuelve esa extensión o mejoramiento? Si es así, ¿por qué no podrían serlo las patrimoniales, en el caso de que este mejoramiento pueda obtenerse por la vía interna, siempre sin menoscabo de la base o límite que proporciona la resolución de la Corte internacional?

75. Como es costumbre, la Corte Interamericana ha dispuesto en esta sentencia que las cantidades que el Estado debe cubrir en concepto de indemnizaciones no podrán verse afectadas por impuestos u otros gravámenes. Esta disposición, invariablemente contenida en las sentencias sobre reparaciones, obedece al legítimo y atendible propósito de impedir que por una vía fiscal u otra semejante se burle la resolución del tribunal y se prive a la víctima o a sus familiares, representantes y asistentes legales de las compensaciones previstas por la Corte. Creo que debe conservarse firmemente esta intangibilidad de la reparación, que ha de llegar, sin merma, a las manos del beneficiario.

76. Atento a este objetivo, que comparto plenamente, pero también a las características del sistema tributario —que la Corte no cuestiona en estas resoluciones—, considero que en muchos casos se podría atender a ese designio sin excluir del régimen fiscal nacional a los beneficiarios de la indemnización bastaría con evitar que se reduzca impositivamente el monto neto de la indemnización que debe cubrir el Estado. Esto se lograría —lo menciono como alternativa digna de reflexión— mediante procedimientos diferentes de la exclusión fiscal. Por ejemplo, se podría cubrir una cantidad superior a la asignada por el tribunal, a fin de que una vez deducido el gravamen fiscal aquélla resulte idéntica a la prevista en la sentencia. También se podría hacer bonificaciones al beneficiario de la indemnización, por los medios que prevea el sistema tributario nacional. Todo ello permitiría satisfacer la decisión de la Corte, por un lado, y mantener el régimen fiscal interno, por el otro. Lo que no resulta aceptable es la reducción efectiva de la compensación a través de una deducción fiscal que no sea com-

- Derecho a la vida
 - Acceso a la justicia
 - Admisión, reconocimiento y prueba de los hechos
 - Responsabilidad del Estado y de los agentes
 - Demora en la justicia
 - Responsabilidad agravada
 - Titular del derecho a la indemnización
 - Libertad de expresión
 - Indemnización no reclamada
 - Remisión a instancias internas
 - Cargas tributarias
-

pensada por otro medio de reintegración del valor neto que se ha fijado a la indemnización.

77. He sostenido a este respecto: “En rigor, no se trata precisamente de que el beneficiario —causante en términos fiscales— quede al margen del sistema tributario del Estado, sino de que no se reduzca por este concepto la indemnización debida. Por lo tanto, debe entenderse que ésta se fija en términos netos o líquidos. Correspondería al Estado, en su caso, disponer la exención o cubrir una cantidad mayor para que de ésta se deduzca el valor del gravamen y quede incólume el monto total de la indemnización”.¹² La Corte formuló algunas consideraciones interesantes sobre este punto en el *Caso Suárez Rosero*, aun cuando finalmente no adoptó la decisión que de aquéllas pudiera desprenderse, sino acogió nuevamente la fórmula decisoria tradicional. Al resolver que las cantidades previstas en concepto de indemnización se pagarían en “forma íntegra y efectiva”, avanzó un criterio genérico pertinente: “Incumbe al Estado (...) la obligación de aplicar los mecanismos necesarios para asegurar el cumplimiento de esta obligación de la manera más expedita y eficiente, en las condiciones y dentro del plazo establecidos en (la) sentencia y, particularmente, de adoptar las medidas adecuadas para asegurar que la deducción legal que efectúan las entidades del sistema financiero (...) a las transacciones monetarias no menoscabará el derecho de los beneficiarios de disponer de la totalidad de los montos ordenados en su favor”.¹³

12. “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en García Ramírez, *La jurisdicción internacional. Derechos humanos y justicia penal*, Ed. Porrúa, México, 2004, cit., p. 308.

13. CIDH, *Caso Suárez Rosero, Interpretación de la Sentencia sobre reparaciones* [art. 67 Convención Americana sobre Derechos Humanos], *Sentencia de 29 de mayo de 1999*, Serie C No. 51, párr. 45.2.

Admisión de hechos, pretensiones y responsabilidades. Tortura. Garantías judiciales

Caso Maritza Urrutia (Guatemala).

Sentencia: 27 de noviembre de 2003

La señora Maritza Ninette Urrutia García, quien realizaba tareas políticas para la organización Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP), fue detenida arbitrariamente, sometida a tortura en un centro clandestino de detención y obligada a emitir públicamente un comunicado preparado por sus captores.

La Corte resolvió que el Estado había violado los artículos 5 (Derecho a la Integridad), 7 (Derecho a la Libertad Personal), 8 (Derecho a las Garantías Judiciales) y 25 (Derecho a la Protección Judicial), en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como las obligaciones previstas en el artículo 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y dispuso que el Estado debería investigar efectivamente los hechos, juzgar y sancionar a los responsables, divulgar los resultados de la investigación, e indemnizar por concepto de daño material, daño inmaterial y costas y gastos.

VOTO

1. En la *Sentencia* de fondo y reparaciones del presente caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha examinado algu-

nas cuestiones relevantes que igualmente consideró en la *Sentencia* del *Caso Mack Chang*, emitida el 26 de noviembre de 2003. Esto sucede, particularmente, en el reconocimiento de la responsabilidad internacional o institucional del Estado con respecto a ciertos hechos o a determinadas pretensiones planteados en la demanda de la Comisión Interamericana. En la especie, el Estado reconoció su responsabilidad institucional por lo que toca a la violación del artículo 1.1 de la Convención Americana, sin formular al mismo tiempo reconocimiento expreso alguno con respecto a los hechos cuyo “acaecimiento” estaba aceptando.

2. No considero necesario examinar detalladamente en este *Voto concurrente razonado* los argumentos y el alcance del acto admisorio de responsabilidad que formuló el Estado. Difícilmente se podría aceptar responsabilidad por la violación del artículo 1.1, referente a la obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos y obligaciones recogidos en la Convención Americana, admitiendo al mismo tiempo “el acaecimiento de los hechos”, sin extender esa admisión a la naturaleza y las características de tales hechos, de los que surge la llamada responsabilidad institucional. Parecería que solamente se aludiera a la función general de custodia que incumbe al Estado con respecto a las personas sujetas a su jurisdicción, sin tomar en cuenta los otros elementos concurrentes en el caso concreto. De ser así, la consecuencia última sería la admisión de una responsabilidad institucional por cualesquiera hechos, sin distinguir su fuente, que afecten bienes sujetos a la tutela del Estado en los términos de la Convención Americana.

3. En todo caso, nos hallamos de nueva cuenta ante el problema que entraña la admisión de hechos, pretensiones y/o responsabilidades por parte del Estado demandado, cuando aquélla no se identifica plenamente con una aceptación lisa y llana de los hechos y un allanamiento a las pretensiones, que pudieran traer consigo, si así lo creyera pertinente el tribunal internacional, la conclusión del litigio en cuanto al fondo y el tránsito a la etapa de reparacio-

nes. En este caso, la Corte debió ponderar el alcance del acto admisorio del Estado, como lo hizo, más ampliamente, en la *Sentencia del Caso Mack Chang*. Me remito, pues, a lo que manifesté en mi *Voto concurrente razonado* a la *Sentencia* dictada en este caso.

4. Estimo importante destacar el análisis que ha hecho la Corte a propósito del trato infligido a Maritza Urrutia por agentes del Estado, que quebrantaron su derecho a la integridad psíquica y moral, tutelada por el artículo 5 de la Convención. Ese trato significó tortura, en los términos del mismo precepto. En tal virtud, existió violación tanto del Pacto de San José como de los artículos 1 y 6 de la Convención Interamericana contra la Tortura. En sus consideraciones a este respecto, que suscribo plenamente, la Corte destaca que la proscripción de la tortura abarca todas las formas que ésta pudiera revestir, y que dicha proscripción absoluta forma parte del *jus cogens* internacional.

5. Es importante, a mi modo de ver, que la Corte haya rechazado enfáticamente cualquier forma de tortura, así como la pretendida explicación de ésta —no se diga justificación— proveniente de la necesidad de combatir ciertas formas de criminalidad que revisten la mayor gravedad. Estos argumentos inadmisibles ponen de nuevo sobre la mesa el falso dilema entre el respeto a los derechos humanos, por una parte, y la seguridad pública o la seguridad nacional, por la otra. Este dilema inadmisible y peligroso constituye, hoy día, un punto de referencia para el más relevante debate político, ético y jurídico, de cuyos resultados depende, en buena medida, la preservación efectiva del sistema democrático.

6. Obviamente, el Estado debe proveer a la seguridad pública y a la seguridad nacional, cuya protección constituye un deber fundamental del Estado. Sin embargo, no es menos obvio que se debe cumplir esa obligación sin menoscabo del Estado de Derecho y del respeto escrupuloso de los derechos humanos, que también constituye un deber fundamental del poder público en la medida

en que, como se ha afirmado a partir de las grandes declaraciones de derechos del siglo XVIII —de las que proviene el concepto contemporáneo de los derechos humanos y que se hallan en el origen y el fundamento del Estado moderno— la protección de los derechos humanos es la finalidad de la asociación política. El combate enérgico contra los delitos que agravan a la sociedad y ponen en peligro su propia subsistencia y sus valores más elevados, no debe hacerse con menoscabo del propio Estado de Derecho, el sistema democrático y los derechos esenciales de los ciudadanos.

7. Algunos hechos planteados en el presente caso y los conceptos de violación manejados a este respecto, han sido reexaminados por la Corte en el marco de otras violaciones declaradas en la *Sentencia*. No se niega la existencia de los hechos, pero se considera adecuado analizarlos como violaciones a preceptos diferentes de los invocados en la demanda. Esto es aplicable, particularmente, a la presentación de la víctima ante el público, a través de registros de imagen y voz que fueron ampliamente proyectados en medios de comunicación social, y a la injerencia en determinados aspectos de su vida privada. Uno y otro hechos han sido reconocidos en la *Sentencia* como violatorios de derechos humanos, aunque su clasificación no corresponde a la planteada en la demanda.

8. Es particularmente relevante, en mi opinión, el tratamiento de las mencionadas declaraciones de la víctima, obtenidas bajo intensa presión y transmitidas al público a través de la televisión. En esas declaraciones, Maritza Urrutia aceptaba hechos que le causaban perjuicio y manifestaba puntos de vista que no correspondían a los que efectivamente sustentaba, entre otras cosas. La Corte Interamericana entiende que esto entraña una violación a diversos párrafos o incisos del artículo 8 de la Convención Americana, en la medida en que el inculpado tiene derecho “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable” (artículo 8.2.g) y “la confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza” (artículo 8.3).

9. El artículo 8, con el epígrafe “Garantías judiciales”, contempla una serie de derechos que corresponden, sustancialmente, al “debido proceso legal”. Ahí, al igual que en el artículo 25, sobre “Protección judicial”, se asegura el acceso a la justicia y se establecen las condiciones para que ese acceso no se reduzca a su dimensión formal (posibilidad de petición, prueba y alegato ante tribunal competente, independiente e imparcial), sino se extienda igualmente a su dimensión material (posibilidad de obtener una sentencia justa). En este sentido, las disposiciones de ambos preceptos constituyen un precioso instrumento para la protección del ser humano y la defensa ante la acción o la omisión del Estado que vulneren o pretendan vulnerar cualquiera de los derechos consagrados en la Convención Americana.

10. En otros casos, la Corte avanzó considerablemente en la comprensión de las garantías judiciales consideradas en el artículo 8, entendiendo que las reglas del debido proceso son aplicables asimismo a los procedimientos que se desarrollan ante autoridades formalmente administrativas. Todas las garantías del artículo 8 vienen a cuentas en cualesquiera procedimientos conducentes a la determinación de los derechos y obligaciones de una persona, no sólo en los procedimientos penales. De esta suerte, la fórmula mayor acogida en el párrafo 1, una fórmula que enuncia principios y objetivos de alcance general, vincula la aplicación de los medios establecidos en los restantes párrafos, en cuanto resulten pertinentes para el caso del que se trata. Esto es así, porque los instrumentos, derechos o garantías que se hallan en el artículo 8, después del párrafo 1, corresponden al aparato de defensa procesal que concurre a la justa determinación de esos derechos y obligaciones, que obviamente no se contraen a los asuntos penales, sino interesan a todos los ámbitos en los que se desenvuelve la vida social del sujeto y en los que, por lo tanto, pueden plantearse peticiones y controversias que deban ser resueltas por diversos órganos del Estado con atribuciones jurisdiccionales, parajurisdiccionales o auxiliares de éstos.

11. Es relevante que la *Sentencia* del *Caso Maritza Urrutia* haga una importante aportación al buen entendimiento del artículo 8, cuando considera que las garantías contenidas en los párrafos 2 y 3, que son las directamente relacionadas con los hechos de este caso, deben observarse tanto en procesos judiciales, en sentido estricto, como en procedimientos o actuaciones que no revisten aquel carácter ni se hallan inmersos en un proceso, pero son previos o concomitantes a éste y pueden tener un impacto desfavorable, no justificado, sobre la situación jurídica de la persona que participa en ellos. Esto se aplica, por supuesto, a las investigaciones previas al enjuiciamiento de un inculpado y a otros actos que se proyectan sobre el enjuiciamiento o pueden traer consigo efectos relevantes para la determinación, judicial o extrajudicial, de los derechos y las obligaciones de una persona, como se vio en el caso que nos ocupa.

Libertad de expresión. Medios de comunicación y periodismo. Limitación y restricción. Reacción penal. Interés público y condición de funcionario. Recurso ante un juez o tribunal superior. Exenciones fiscales. Gastos y honorarios de asistentes jurídicos

Caso Herrera Ulloa (Costa Rica).

Sentencia: 2 de julio de 2004

El Estado condenó al periodista Mauricio Herrera Ulloa por delitos de publicación de ofensas en la modalidad de difamación, cometidos a través de artículos suscritos por aquél y aparecidos en el diario *La Nación*, de San José, Costa Rica, en agravio del señor Félix Przedborski, representante *ad honorem* de Costa Rica ante la Organización Internacional de Energía Atómica. La sentencia condenatoria dispuso, entre otras cosas, que se hiciera el asiento correspondiente en el Registro Nacional de Delincuentes. La impugnación se esa sentencia se hizo a través del recurso de casación, a falta de recurso de apelación en la ley procesal penal costarricense.

La Corte declaró la existencia de violaciones a los artículos 13 (Libertad de Pensamiento y Expresión) y 8 (Derecho a las Garantías Judiciales), en relación con los artículos 1.1 y 2, en sus casos, dispuso que se dejara sin efectos la sentencia penal condenatoria y se adecuara la ley nacional a las disposiciones de la Convención Americana, en lo que respecta al recurso ante un tribunal superior, y se cubriera indemnización a la víctima.

VOTO

I. LIBERTAD DE EXPRESIÓN. MEDIOS DE COMUNICACIÓN SOCIAL Y EJERCICIO DEL PERIODISMO

1. No es esta la primera vez que la Corte Interamericana debe pronunciarse sobre hechos que afectan la libertad de expresión. De éstos se ha ocupado en otras oportunidades, con diferente contexto: en alguna hipótesis, dentro de una circunstancia de violaciones graves de derechos humanos —así declaradas—, enrarecimiento de la democracia y conflicto institucional; en otra, dentro del contexto de la democracia y la vigencia de los derechos fundamentales. Esta es la situación que corresponde al *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sobre el que se produjo la *Sentencia del 2 de julio del 2004*, con la que coincido y a la que acompaño el presente *Voto*. La diversidad de circunstancias permite volver sobre una cuestión relevante, que no es mi tema en este momento: las distintas características que revisten la colisión entre bienes jurídicos y la preservación de los derechos humanos en un “ambiente autoritario”, frente a las que poseen en un “ambiente democrático”.

2. Al examinar, en esas otras oportunidades, hechos violatorios del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Tribunal ha tomado en cuenta, como ocurre en la sentencia a la que se agrega este *Voto*, las características específicas que ofrece aquella libertad cuando se ejerce a través de medios de comunicación social que permiten la transmisión de mensajes a un gran número de personas y posee, por lo mismo, una proyección social que también ha sido reconocida por la Corte en los términos del artículo 13 de la Convención Americana. En esta hipótesis contribuye a la información de la sociedad en su conjunto y a las decisiones que adoptan sus integrantes, con todo lo que ello significa.

3. Obviamente, la libertad de expresión se consagra y se defiende en cualquier caso. No tiene acotaciones subjetivas. No se agota

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

en el espacio de un grupo humano, profesional, socioeconómico, étnico o nacional, de género, edad, convicción o creencia. Posee un carácter verdaderamente universal, en cuanto atañe a todas las personas. Sin embargo, reviste particularidades especialmente relevantes —que imponen matices, cuidados, condiciones específicas— en el supuesto de quienes ejercen esa libertad con motivo de la profesión que desempeñan. Estos desarrollan una actividad que supone la libertad de expresión y se vale directamente de ella, como instrumento para la realización personal y medio para que otros desenvuelvan sus potencialidades, individuales y colectivas. Por ello la libertad de expresión figura en declaraciones o instrumentos específicos, que se fundan en el carácter general de aquélla y transitan de ahí a su carácter particular en el espacio de la comunicación social. Esto se mira igualmente en el ámbito doméstico, en el que se procura —tarea que también se ha emprendido en Costa Rica— contar con disposiciones adecuadas para la comunicación social, no sólo para la expresión en general.

4. En esta última hipótesis se plantea la “dimensión trascendental” de la libertad de expresión. Entre los datos que concurren a caracterizarla figuran su gran alcance (que le permite llegar a un número muy elevado de personas, en su mayoría ajenas al emisor del mensaje y desconocidas por éste), y la condición de quienes la ejercen (profesionales de la comunicación, de quienes depende, en buena medida, la información de los receptores del mensaje). Esto implica que la libertad de expresión adquiera un doble valor: el que le corresponde por sí misma, en su calidad de derecho fundamental, aun sin tomar en cuenta la conexión que guarda con los restantes derechos básicos así como el papel que cumple en el conjunto de la vida social, y el que posee desde una perspectiva “funcional”: por el servicio que brinda a la existencia, subsistencia, ejercicio, desarrollo y garantía de otros derechos y libertades.

5. Los restantes derechos padecen, declinan o desaparecen cuando decae la libertad de expresión. La defensa de la vida, la

protección de la libertad, la preservación de la integridad personal, el respeto al patrimonio, el acceso a la justicia deben mucho a la libertad de expresión, desplegada como crítica o poder de denuncia, exigencia individual o colectiva. De ahí que el autoritarismo suele desplegarse sobre la libertad de expresión, como medio de evitar el conocimiento puntual de la realidad, silenciar las discrepancias, disuadir o frustrar la protesta y cancelar finalmente el pluralismo característico de una sociedad democrática. Y de ahí, también, que la “sensibilidad democrática” se mantenga en permanente estado de alerta para prevenir y combatir cualesquiera infracciones a la libertad de expresión, que pudieran traer consigo, en el futuro cercano o distante, otro género de opresiones.

II. LIMITACIÓN Y RESTRICCIÓN EN EL GOCE Y EJERCICIO DEL DERECHO

6. Aun cuando el caso que ahora me ocupa no se suscita en un contexto autoritario, el planteamiento del tema ha permitido examinar diversos extremos relevantes para la libertad de expresión y, en esta virtud, para las instituciones y las prácticas en la sociedad democrática. Asimismo, ha llamado la atención sobre algunas cuestiones que están en el centro del debate contemporáneo. Entre éstas se hallan la solución al conflicto entre bienes jurídicos y derechos, por una parte, y la reacción legítima ante el desbordamiento que pudiera ocurrir en el ejercicio de éstos, por la otra. No se trata, por supuesto, de temas inexplorados; por el contrario, han sido objeto de constante examen. Los más altos tribunales nacionales y las jurisdicciones internacionales se han ocupado en litigios que entrañan el ejercicio de la libertad de expresión frente a otras libertades o derechos, igualmente merecedores de reconocimiento y tutela. La deliberación sobre las interrogantes que aquí se elevan no siempre desemboca en conclusiones unánimemente aceptadas. Hay en este campo deliberaciones inconclusas y soluciones pendientes.

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

7. La resolución adoptada por la Corte, que plenamente comparo, toma en cuenta, en un extremo, el doble valor de la libertad de expresión al que antes me referí, y en el otro, los límites que tiene el ejercicio de esa libertad. La proclamación de los derechos básicos como estatuto radical del ser humano —proclamación que marca el advenimiento del hombre moderno: ya no vasallo, sino ciudadano, titular de derechos en su simple condición de ser humano— se hizo conjuntamente con otra manifestación enfática recogida en los mismos documentos: la frontera que aquellos encuentran en los derechos de los otros hombres. Bien que se tenga y ejerza un derecho, a condición de que esa titularidad y ese ejercicio no despojen a los conciudadanos de la titularidad y el ejercicio de sus propios derechos. Este lindero, anunciado por las declaraciones clásicas y retenido por los instrumentos modernos, se expresa en diversos conceptos: sea el derecho subjetivo ajeno, sea la seguridad de todos y las justas exigencias del bienestar general y el desenvolvimiento democrático, para usar, ejemplificativamente, las palabras de la Declaración Americana (artículo XXVII), que repercute en el Pacto de San José (artículo 32.1).

8. De esta dialéctica, que es una experiencia constante en las relaciones sociales y un motivo de atención permanente para el control jurídico, proviene la limitación o restricción al goce y ejercicio de los derechos y las libertades. Estas restricciones “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” (artículo 30 de la Convención Americana). Las reglas de interpretación de los tratados, con el acento especial que poseen cuando vienen al caso los derechos humanos, buscan la mayor y mejor vigencia de derechos y libertades, conforme al objeto y fin del correspondiente tratado. De ahí que las limitaciones deban ser entendidas y aplicadas con criterio restrictivo, sujetas a la mayor exigencia de racionalidad, oportunidad y moderación. Este es un punto también explorado por la jurisprudencia internacional y recogido en las resoluciones de la Corte Interamericana.

9. En este extremo, es pertinente observar que al régimen de las limitaciones genéricas, correspondientes a diversos derechos y libertades, la Convención agrega referencias específicas en el rubro de la libertad de pensamiento y de expresión, como se mira en el artículo 13, párrafos 2, 4 y 5. La Corte ha elaborado ya una fórmula cuidadosa sobre las restricciones admisibles en este caso, que sirve para ponderar las que establezcan los ordenamientos nacionales. En la *Opinión Consultiva OC-5/85*, acerca de *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, del 13 de noviembre de 1985, este Tribunal señaló que “la ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo” (párr. 46).

III. REACCIÓN PENAL

10. En los términos descritos, se acepta la posibilidad y la necesidad de echar mano de ciertas reacciones que permitan mantener a cada quien en el ámbito de sus libertades y derechos, y sancionar, en consecuencia, los desbordamientos que impliquen atropello de las libertades y los derechos ajenos. Sobre este fundamento se construye el sistema de responsabilidades, en sus diversas vertientes, con el correspondiente catálogo de sanciones. En la pru-

- Libertad de expresión
- Medios de comunicación y periodismo
- Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
- Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
- Gastos y honorarios de asistentes jurídicos

dente selección de las opciones legítimas se halla el equilibrio que disuade tanto la anarquía como el autoritarismo.

11. No es infrecuente que la libertad de expresión, recogida en el artículo 13 de la Convención Americana, entre o parezca entrar en colisión con otros derechos, como lo son cuantos tienen que ver con la intimidad, el honor, el prestigio, el principio de inocencia. El artículo 11 de la misma Convención alude al derecho a la honra y a la dignidad. Colisión de bienes tutelados, ésta, que posee rasgos particulares cuando la expresión se vale de los medios sociales de comunicación, con el enorme alcance que éstos tienen, el poder que significan y el impacto que pueden tener, por eso mismo, en la vida de las personas y en la integridad y preservación de sus bienes jurídicos. Cuando no ha sido posible evitar la colisión, es preciso proveer un acto de autoridad que corrija la desviación, exija la responsabilidad consiguiente e imponga las medidas que deriven de ésta. Es en este ámbito donde surge la necesidad, cuya satisfacción no siempre es sencilla, de identificar los intereses merecedores de tutela, valorar su jerarquía en el orden democrático y seleccionar los medios adecuados para protegerlos.

12. El caso sujeto al conocimiento de la Corte Interamericana, a propósito de la publicación de ciertos artículos en el diario “La Nación”, de Costa Rica, por el periodista Mauricio Herrera Ulloa, trae consigo el examen de la vía penal como medio para sancionar conductas ilícitas —según determinadas alegaciones— en el ejercicio de la actividad periodística, con agravio de particulares. De primera intención, este planteamiento conduce al examen de tipos penales y su interpretación en el correspondiente enjuiciamiento. Es así que se plantea el problema del dolo, en general, y el dolo específico que pudiera requerir el tipo penal cuando se trata de delitos contra el honor. También se suscita en este punto el tema de la *exceptio veritatis* como posible causa de exclusión penal —sea por atipicidad de la conducta, sea por justificación o inculpabilidad, según la recepción que se haga de ese posible argumento en los ordenamientos

positivos y el concepto que sustente la doctrina—, y las cuestiones que esto promueve en lo que respecta a la llamada presunción de inocencia, o más rigurosamente, al principio de inocencia que gobierna y modera el trato penal y procesal del inculpaado.

13. Si las cosas se plantean de esta manera, cabría afirmar: a) que la caracterización de la infracción punible que trae consigo el ejercicio desviado de la libertad de expresión debe tomar en cuenta el dolo específico de causar descrédito, lesionar la buena fama o el prestigio, inferir perjuicio al sujeto pasivo, y no limitarse a prever e incriminar cierto resultado; b) que es debido, como lo requiere el Derecho penal de orientación democrática, poner la carga de la prueba en las manos de quien acusa y no de quien recibe y rechaza la acusación amparado por el principio de inocencia; c) que la eventual regulación de una *exceptio veritatis*, en su caso, no debe significar inversión en la carga de la prueba que contradiga las derivaciones probatorias de ese principio; y d) que el ejercicio de la profesión periodística, que implica derechos y deberes vinculados a la información —entre ellos, determinadas obligaciones de cuidado, como corresponde al desempeño de cualquier actividad— y se encuentra previsto y amparado por la ley —existe un interés social y una consagración estatal de ese interés—, puede constituir una hipótesis de exclusión del delito, por licitud de la conducta, si se adecua a las condiciones que consigna la regulación de esta excluyente, similares o idénticas a las previstas para la plena satisfacción de otras causas de justificación. Desde luego, al examinar ese deber de cuidado es preciso acotar su alcance con ponderación. Que deba existir no implica que vaya más allá de lo razonable. Esto último traería consigo una inhibición absoluta: el silencio sustituiría al debate.

14. Ahora bien, creo que antes de resolver la mejor forma de tipificar penalmente estos ilícitos, habría que decidir si es necesario y conveniente, para la adecuada solución de fondo del problema —consecuente con el conjunto de bienes e intereses en conflicto y con el significado que tienen las opciones al alcance del legisla-

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

—, recurrir a la solución penal, o basta con prever responsabilidades de otro orden y poner en movimiento reacciones jurídicas de distinta naturaleza: administrativas y civiles, por ejemplo, como ocurre en un gran número —de hecho, en el mayor número, con mucho— de supuestos de conducta ilícita, que el Derecho no enfrenta con instrumentos penales, sino con medidas de diverso género.

15. En este punto del análisis, es preciso recordar que, en general —y salvo rezagos históricos y tentaciones autoritarias, que no son pocas ni se hallan en receso—, prevalece la corriente favorable al denominado Derecho penal “mínimo”, es decir, al empleo moderado, restrictivo, marginal, del aparato punitivo, reservado precisamente para aquellos casos en que es imposible o francamente inadecuado optar por soluciones menos abrumadoras. El aparato penal constituye la herramienta más severa con que cuenta el Estado —la sociedad, mejor todavía—, en el despliegue de su monopolio de la fuerza, para enfrentar conductas que atentan gravemente —muy gravemente— contra la vida de la comunidad y los derechos primordiales de sus integrantes.

16. En un “ambiente político autoritario” se recurre con frecuencia al expediente punitivo: éste no constituye el último recurso, sino uno de los primeros, conforme a la tendencia a “gobernar con el Código penal en la mano”, una proclividad que se instala tanto sobre el autoritarismo, confeso o encubierto, como sobre la ignorancia, que no encuentra mejor modo de atender la legítima demanda social de seguridad. Lo contrario sucede en un “ambiente democrático”: la tipificación penal de las conductas y la aplicación de penas constituyen el último recurso, una vez agotados los restantes o demostrado que son ineficientes para sancionar las más graves lesiones a los bienes jurídicos de mayor jerarquía. Es entonces, y sólo entonces, cuando se acepta el empleo del remedio penal: porque es indispensable e inevitable. E incluso en esta circunstancia, la tipificación debe ser cuidadosa y rigurosa, y la punición debe ser racional, ajustada a la jerarquía de los bienes

tutelados, a la lesión que se les causa o al peligro en el que se les coloca y a la culpabilidad del agente, y elegida entre diversas opciones útiles que están a la mano del legislador y del juzgador, en sus respectivos momentos. Por supuesto, se debe distinguir entre la “verdadera necesidad” de utilizar el sistema penal, que debe tener un claro sustento objetivo, y la “falsa necesidad” de hacerlo, apenas como consecuencia de la ineficacia de la autoridad, que se pretende “corregir” con el desbocamiento del aparato represivo.

17. Reservar el expediente penal para el menor número de casos no significa, en modo alguno, justificar conductas ilícitas o autorizar la impunidad de éstas, dejando sin respuesta el agravio cometido, lo cual implicaría el incumplimiento de deberes estatales frente a la víctima de aquél. Sólo implica reconducir la respuesta jurídica hacia una vía en la que los hechos puedan ser juzgados racionalmente, y su autor sancionado como corresponda. Esta alternativa permite atender, en forma pertinente y con el menor costo social, la necesidad de preservar bienes estimables que entran en aparente colisión, sin incurrir en castigos innecesarios —que serían, por lo mismo, excesivos—, y dejando siempre viva la posibilidad —más todavía: la necesidad— de que quienes incurrir en comportamientos ilícitos reciban la condena que merecen. En suma: despenalización no significa ni autorización ni impunidad.

18. Esta forma de enfrentar la ilicitud parece especialmente adecuada en el supuesto de (algunas o todas las) afectaciones al honor, la buena fama, el prestigio de los particulares. Esto así, porque a través de la vía civil se obtienen los resultados que se querría derivar de la vía penal, sin los riesgos y desventajas que ésta presenta. En efecto, la sentencia civil condenatoria constituye, de suyo, una declaración de ilicitud no menos enfática y eficaz que la condena penal: señala, bajo un título jurídico diferente, lo mismo que se espera de ésta, a saber, que el demandado incurrió en un comportamiento injusto en agravio del demandante, a

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

quien le asiste el derecho y la razón. De esta suerte, la sentencia civil entraña, por sí misma, una reparación consecuente con la necesidad de satisfacer el honor de quien reclama la tutela judicial. El valor de la sentencia, *per se*, como medio de reparación o satisfacción moral, ha sido recogido por la Corte Interamericana en numerosas sentencias, entre las que hoy figura la relativa al *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Por otra parte, la misma sentencia civil puede condenar al pago de ciertas prestaciones correspondientes al daño moral y, en su caso, material, causado a la persona a quien se difamó. Así las cosas, una resolución civil provee las dos especies de reparación que revisten mayor interés para el sujeto agraviado, y además entraña, para satisfacción social, el reproche jurídico que merece una conducta ilícita.

19. En fin de cuentas, esta solución debiera ser considerada seriamente, de *lege ferenda* —y en efecto lo ha sido—, como sustituto de las opciones penales cuando se trata de enjuiciar a un periodista por infracciones contra el honor en el ejercicio de la profesión, dejando siempre a salvo —es obvio— la justificación civil y penal que deriva del ejercicio de un derecho o el cumplimiento de un deber ceñidos a las normas que encauzan la actividad informativa, que desde luego no está ni puede estar sustraída a responsabilidad, como no lo está la conducta de ninguna persona. Evidentemente, la solución civil no trae consigo los problemas que suscita la solución penal ante las normas nacionales e internacionales en materia de derechos humanos, ni posee el carácter intimidante inherente a la conminación penal y que apaiteja, como lo ha visto la Corte, un factor de inhibición para el ejercicio de la libertad de expresión.

20. En la búsqueda de soluciones alternativas, que debieran desembocar, no obstante, en “la” solución razonable para este asunto, no sobra recordar que en algunos casos se ha previsto la posibilidad de sancionar penalmente la reiterada comisión de ilícitos inicialmente sancionables bajo el Derecho civil o administrativo. En

tales supuestos, la reiteración de una falta implica el agravamiento de la ilicitud, hasta el extremo de que ésta transite del orden civil o administrativo al orden penal y sea sancionable con medidas de este último carácter. Pudiera haber otras opciones, de media vía, en el camino que lleve a la solución que no pocos consideramos preferible: resolver por la vía civil los excesos cometidos a través de medios de comunicación social, por profesionales de la información. Esta propuesta no significa, necesariamente, ni exclusión ni inclusión, dentro de la hipótesis examinada, de los supuestos que integran el universo entero de las infracciones contra el honor. En diversas legislaciones se ha operado el tránsito, total o parcial, hacia los remedios civiles y administrativos.

21. En el conocimiento del caso por parte de la Corte se tuvo noticia sobre un proyecto de reformas en Costa Rica, a propósito de libertad de expresión y prensa, que introduciría cambios en los Códigos Penal y Procesal Penal y en la Ley de Imprenta. Este proyecto pone a la vista la existencia de una corriente de opinión que considera pertinente modificar normas en puntos estrechamente vinculados a la libertad de expresión. En los términos del proyecto, acerca del cual la Corte no está llamada a pronunciarse en este caso contencioso, el artículo 151 del Código Penal pasaría a incorporar determinados supuestos de exclusión del delito relacionados con comportamientos del género que ahora nos ocupa. Entre éstos figuran situaciones tales como que “se trate de la publicación o la reproducción de informaciones o juicios de valor sobre hechos de interés público, ofensivas al honor o al crédito público, vertidas por otros medios de comunicación colectiva, por agencias de noticias, por autoridades públicas, o por particulares con conocimiento autorizado de los hechos, siempre que la publicación indique de cuál de éstos proviene la información” (inciso 2); y como que “se trat(e) del concepto desfavorable expresado en cumplimiento de un deber o ejerciendo un derecho, siempre que el modo de proceder o la falta de reserva, cuando debió haberla, no demuestren un propósito ofensivo” (inciso 4).

IV. TUTELA DEL HONOR. INTERÉS PÚBLICO Y CONDICIÓN DE FUNCIONARIO

22. La reflexión de la Corte, a partir de las particularidades del caso en examen, se ha ocupado en ciertos aspectos de la especificidad que presenta la colisión entre la libertad de expresión, ejercida para fines informativos dentro de un desempeño profesional, y el derecho a la buena fama, el prestigio, el honor, la intimidad —en sus casos— de quien resulta aludido por esa información. En la especie, se ha deslindado la situación que guarda el funcionario público de la que tiene el ciudadano ordinario, que no desempeña función alguna por encargo o en nombre del Estado.

23. Con respecto a este asunto, vale decir, por una parte, que entre los objetivos centrales de la información requerida por los ciudadanos y provista por los comunicadores sociales figura, precisamente, aquella que se refiere a la “cosa pública”, en un sentido amplio, contemporáneo y “realista”: se trata de que “todos puedan saber lo que a todos interesa”. Existe un legítimo interés, en el que se instala un también legítimo empleo de la libertad de expresión en su vertiente informativa, en conocer lo que de alguna manera compromete a la sociedad en su conjunto, incide sobre la marcha del Estado, afecta intereses o derechos generales, acarrea consecuencias importantes para la comunidad. Las tareas de gobierno —y más ampliamente, las actividades del Estado, a través de sus diversos órganos— no son indiferentes y mucho menos debieran ser inaccesibles al conocimiento de los ciudadanos comunes. La democracia se construye a partir de la opinión pública, debidamente informada, que con base en esa información orienta su juicio y toma sus decisiones. Así, el ingreso en el ámbito de esas cuestiones resultará mucho más holgado que el correspondiente a los asuntos estrictamente privados, propios de la vida personal o íntima, que no trascienden sus estrictos linderos. La llamada “transparencia” tiene en aquel ámbito uno de sus espacios naturales.

- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

24. Hoy día, en una sociedad compleja, heterogénea, desarrollada, que se mueve bajo la influencia de diversos agentes sociales, políticos y económicos, esa “zona de interés” público ya no se ciñe únicamente a las actividades que pudieran clasificarse, formalmente, como “estatales”, “gubernamentales” u “oficiales”. Va mucho más lejos, tan lejos como lo reclame el interés público. No sólo los actos formales del Estado afectan la situación y las decisiones de los particulares: también otros agentes pueden influir poderosamente, y hasta decisivamente, en la vida de éstos. Por otra parte, no podemos ignorar otro delicado y relevante aspecto de estos temas: las alteraciones que pudiera haber en la información y las acechanzas del poder —formal e informal— que pudieran refugiarse tras la difusión de las noticias y la expresión del pensamiento.

25. También conviene destacar que no se afirma en momento alguno que el funcionario público pierde, por el hecho de serlo, el derecho que todas las personas tienen a la protección de su honor, buena fama, prestigio, vida personal e íntima. Sucede, sin embargo, que la vida del funcionario público —entendido el concepto en un sentido amplio— no tiene los claros linderos, si los hay, de la vida de un ciudadano particular. No siempre será fácil distinguir entre los actos privados y los actos públicos, o mejor todavía, entre los actos personales sin trascendencia, relevancia o interés públicos, y los actos personales que sí los tengan. La dificultad en establecer el deslinde no significa, lo subrayo, que no exista una zona estrictamente privada, legítimamente sustraída a la observación pública.

26. Al analizar este punto, que ha sido materia de constante examen y debate, no es posible ignorar que el funcionario público puede utilizar la autoridad o la influencia que posee, precisamente por aquella condición, para servir intereses privados, suyos o ajenos, de manera más o menos oculta o evidente. Este servicio a intereses privados, si lo hay, no debe quedar al margen del escrutinio colectivo democrático. De lo contrario, sería fácil tender fronteras artificiosas entre “lo público y lo privado”, para sustraer a ese escrutinio demo-

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

crático situaciones o actos privados que se abastecen de la condición del individuo como funcionario público. Por ende, el “umbral de protección” de quien ha aceptado servir a la república, en sentido lato, es más bajo que el de quien no se encuentra en esa situación (como lo es, por diversos motivos, el de quienes libremente han querido colocarse, y así lo han hecho, en una posición de visibilidad que permite un amplio acceso público). De nuevo subrayo: el umbral existe, desde luego, pero es diferente del que ampara al ciudadano que no ha asumido la condición y la responsabilidad de quien tiene un cargo público y que por eso mismo tiene determinados deberes —éticos, pero también jurídicos— frente a la sociedad a la que sirve o al Estado que gestiona los intereses de la sociedad.

27. Dicho de otro modo, la república se halla atenta, con pleno derecho, a la forma en que sus funcionarios la representan, atienden sus intereses, desempeñan las tareas inherentes a los cargos conferidos, ejercen la autoridad, la influencia o las ventajas que esa representación o esos cargos significan. La confianza que la sociedad otorga —directamente o a través de las designaciones que hacen determinados órganos del Estado— no constituye un “cheque en blanco”. Se apoya y renueva en la rendición de cuentas. Esta no constituye un acto solemne y periódico, sino una práctica constante, a través de informaciones, razonamientos, comprobaciones. Obviamente, el ejercicio del escrutinio por medio de la información que se ofrece al público no queda al margen de cualquier responsabilidad: nadie se halla, hoy día, *legibus solutus*. La democracia no significa un mero traslado del capricho de unas manos a otras, que quedarían, finalmente, totalmente desatadas. Pero ya me referí a la posible exigencia de responsabilidades y a la vía para hacerlo.

V. RECURSO ANTE UN JUEZ O TRIBUNAL SUPERIOR

28. Hay otras cuestiones recogidas en la *Sentencia* dictada en el *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, que deseo examinar en este *Voto*. Una de ellas es la referente al recurso intentado para combatir la

resolución judicial dictada en contra de la víctima. La Convención Americana dispone, en materia de garantías judiciales, que el inculpado de delito tendrá derecho a “recurrir del fallo ante juez o tribunal superior” (artículo 2.h). Esta garantía concurre a integrar el debido proceso legal, extendido por la Corte a todos los supuestos de enjuiciamiento, no sólo a los de carácter penal, y que en mi concepto puede proyectarse también al sistema de protección judicial previsto en el artículo 25 del pacto de San José, si se entiende que este recurso, con entidad propia que le distingue del procedimiento al que se refiere el artículo 8, debe ajustarse igualmente al régimen del debido proceso legal, con lo que esto implica.

29. En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia —exista o no plazo legal para intentar el control—, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble supuesto del *error in iudicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal —o, si se prefiere, recurso extraordinario— que autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley.

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

30. En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia “justa” (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

31. La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no sólo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior —que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales— debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

32. Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de “espectro” reducido, y mucho menos —obviamente— cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

33. Con respecto a la sentencia dictada en el *Caso Castillo Petruzzi*, un Juez de la Corte produjo un *Voto concurrente razonado* en el que se refirió a este asunto, *inter alia*, aunque lo hiciera a propósito de la inobservancia del recurso en la hipótesis de un juicio militar: “no se respetó el derecho de las víctimas a una segunda instancia (porque los organismos que intervinieron en la revisión de la sentencia) no se desempeñaron como tribunales que reexaminaran la totalidad de los hechos de la causa, ponderaran el valor del acervo probatorio recaudaran las pruebas adicionales que fueran menester, produjeran, de nuevo, una calificación jurídica de los hechos en cuestión a la luz de las normas penales internas y fundamentaran argumentativamente es calificación” (*Voto concurrente del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, correspondientes a la Sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros, del 30 de mayo de 1999*).

34. En el presente caso se hizo uso del recurso de casación, único que contiene el sistema procesal del Estado, por cuanto fue suprimido el recurso de apelación, con el que se integra la segunda instancia. De ninguna manera pretende la Corte desconocer el papel que ha cumplido, en una extensa tradición procesal, y la eficacia que ha tenido y tiene el recurso de casación —no obstante tratarse, generalmente, de un medio impugnativo excesiva-

- Libertad de expresión
- Medios de comunicación y periodismo
- Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
- Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
- Gastos y honorarios de asistentes jurídicos

mente complejo y no siempre accesible a la generalidad de los justiciables—, sino ha tomado en cuenta el ámbito de las cuestiones que, conforme al Derecho positivo, se hallan abarcadas por un régimen concreto de casación y están sujetas, por lo mismo, a la competencia material del tribunal superior. En la especie, la casación no posee el alcance que he descrito *supra*, sub 30, y al que se refirió la *Sentencia* de la Corte Interamericana para establecer el alcance del artículo 8.h) del Pacto de San José. Es posible que en otras construcciones nacionales el recurso de casación —que también presenta diferentes desarrollos— abarque puntos que regularmente corresponden a una apelación, además de la revisión de legalidad inherente a aquél.

35. Desde luego, estoy consciente de que esto suscita problemas importantes. Existe una fuerte y acreditada tendencia, que se acoge, por ejemplo, en el excelente Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, compuesto por un selecto grupo de juristas, que opta por prescindir de la doble instancia tradicional y dejar subsistente sólo la casación, como medio de control superior de la sentencia. Esta opción se sustenta, entre otros argumentos, en el alto costo de la doble instancia y en la necesidad de preservar el principio de inmediación procesal, que no siempre impera en la apelación, bajo sus términos acostumbrados. Para retener los bienes que se asignan a la doble instancia seguida ante un juzgador monocrático, primero, y otro colegiado, después, cuyos integrantes pueden significar, colectivamente, una garantía adicional de sentencia justa, aquella opción contempla la integración plural del órgano de única instancia.

VI. EXENCIONES FISCALES

36. En la *Sentencia* a la que concurre con este *Voto* hay todavía dos cuestiones que me propongo mencionar, aunque no tengan la relevancia de las anteriormente señaladas. Una de ellas tiene que ver con la determinación de que ninguno de los rubros concer-

nientes al pago de reparaciones pecuniarias, costas y gastos puede ser objeto de impuesto o tasa actualmente existente o que pudiera decretarse en el futuro. Comprendo y comparto el sentido material de la determinación, y por ello he votado a favor de esta cláusula: se quiere evitar que el monto de la indemnización se vea reducido a través de disposiciones fiscales que pudieran privar de significado a estas reparaciones materiales y dejar a la intemperie los derechos de la víctima.

37. Sin embargo, en otras ocasiones he observado —e insisto ahora— que ese mismo designio puede alcanzarse por una vía menos controvertible. La solución acostumbrada en las resoluciones de la Corte supone una alteración en el sistema fiscal del Estado: exención fiscal que pudiera resultar complicada e inconveniente. Esto mismo se puede lograr por otro medio, como es disponer que las cantidades que se acuerdan a favor de la tengan carácter “líquido” o “neto”, y que por lo mismo se cubran en el monto dispuesto por la Corte, sin perjuicio de que el Estado llegue a este resultado por la vía del subsidio o del incremento en la previsión económica del pago, a fin de que, una vez aplicados los descuentos fiscales que prevé la legislación tributaria con carácter general, la suma debida y pagada sea exactamente aquella que previno la *Sentencia*.

VII. GASTOS Y HONORARIOS DE ASISTENTES JURÍDICOS

38. En este caso, la Corte ha resuelto, por primera vez, que las sumas correspondientes a los gastos y honorarios relativos a terceras personas que asistieron jurídicamente a la víctima, sean entregados a ésta, para que sea ella, y no la Corte, quien haga la distribución que considere pertinente y satisfaga las obligaciones que, en su caso, hubiese contraído, o se conduzca como la equidad aconseje. A partir de la *Sentencia de Reparaciones del Caso Garrido Baigorria*, del 27 de agosto de 1998, la Corte emprendió ciertas definiciones sobre los pagos debidos a quienes brindan esa asistencia, que ciertamente reviste la mayor importancia. Difícilmente se podría des-

-
- Libertad de expresión
 - Medios de comunicación y periodismo
 - Limitación y restricción
 - Reacción penal
 - Interés público y condición de funcionario
 - Recurso ante un juez o tribunal superior
 - Exenciones fiscales
 - Gastos y honorarios de asistentes jurídicos
-

empeñar la tutela internacional de los derechos humanos si no se contara con la frecuente y eficiente concurrencia de profesionales que sustentan, tanto en el orden interno como en el internacional, los derechos de la víctima. Aquéllos constituyen una pieza importante —y a menudo decisiva— para el conjunto de actividades destinadas a favorecer el acceso a la justicia.

39. Para ponderar las costas y gastos sobre los que verse la sentencia, de los que forma parte el rubro al que ahora me refiero, la Corte Interamericana ha creído pertinente tomar en cuenta no sólo la comprobación de dichos gastos —que en muchos casos es prácticamente imposible, en la forma en que lo exigiría una contabilidad rigurosa—, sino también las circunstancias del caso concreto, las características del procedimiento respectivo y la naturaleza de la jurisdicción protectora de los derechos humanos, que se diferencia notablemente de la que pudiera corresponder, por ejemplo, a asuntos estrictamente económicos. Por lo que toca al desempeño de los asistentes jurídicos, la Corte desestimó entonces la posibilidad de tomar en cuenta, a la hora de fijar costas y gastos, cierta proporción de la indemnización obtenida. Optó por aludir a otros elementos: “aporte de pruebas que tiendan a demostrar los hechos expuestos en la demanda, el conocimiento acabado de la jurisprudencia internacional y, en general, todo aquello que permita evaluar la calidad y pertinencia del trabajo efectuado” (párr. 83).

40. La Corte Interamericana ha considerado, en fin de cuentas, que debe reconocer la necesidad en que se encuentra la víctima de reconocer la asistencia que ha recibido y los gastos que para ello se han efectuado, pero no le corresponde ponderar el desempeño de los asistentes jurídicos y ordenar en forma directa el pago correspondiente. Esto concierne, más bien, a quien requirió su apoyo y estuvo en todo tiempo al tanto de sus trabajos y sus progresos. El Tribunal tampoco dispone la entrega directa de honorarios a médicos que asistieron a la víctima, ni ordena el pago de otras contraprestaciones a determinadas personas. Es la víctima, en la

aplicación de la cantidad que recibe, quien puede apreciar lo que sea debido o equitativo. La relación de servicio se estableció entre aquella y sus asistentes, de manera libre y directa, y el Tribunal no tiene por qué intervenir en ella, calificándola e individualizando, cuantitativamente, sus consecuencias. Ahora bien, lo que debe hacer el Tribunal —como lo ha hecho en este caso, con arreglo al principio de equidad— es prever la existencia de la contraprestación que aquí se menciona, tomarla en cuenta a la hora de resolver sobre la indemnización y dejar a la víctima que adopte las decisiones y haga las precisiones que le competen.

Reconocimiento y poderes de la Corte. Relación de hechos. Competencia *ratione materiae*. Mayor gravedad

Caso Masacre Plan de Sánchez (Guatemala).

Sentencia: 29 de abril de 2004

La Comisión presentó demanda por violaciones a los derechos a la integridad personal, protección judicial, garantías judiciales, igualdad ante la ley, libertad de conciencia y religión y propiedad privada. Manifestó que hubo denegación de justicia y actos de intimidación y discriminación en perjuicio de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre de 286 personas, en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea de Plan de Sánchez, municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz, ejecutados por miembros del Ejército y colaboradores civiles.

El Estado retiró las excepciones preliminares interpuestas y reconoció su responsabilidad internacional. La Corte aceptó esta declaración del Estado y señaló, conforme a dicho reconocimiento, que hubo violación de diversos artículos de la Convención Americana. Habiendo cesado la controversia por lo que respecta a los hechos que dieron lugar al enjuiciamiento, la Corte resolvió abrir la etapa de reparaciones.

VOTO

1. Concurro con los jueces integrantes de la Corte Interamericana en la emisión de la resolución de fondo correspondiente al ca-

so *Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*, dictada el 29 de abril de 2004. Agrego este voto razonado, en el que examino algunos puntos de dicha resolución, así como sus posibles implicaciones.

2. La solución del litigio puede expresarse en diversos actos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales, que pueden repercutir sobre aquéllos. Los actos extrajurisdiccionales, de carácter compositivo, aparecen en cualquier momento previo al inicio del procedimiento, e incluso en el curso de éste, sobre todo —por lo que toca al sistema interamericano protector de derechos humanos— durante la etapa de trámite ante la Comisión. En lo que corresponde al período de proceso, en sentido estricto, la solución se produce a través de una sentencia —o varias— que resuelve el fondo (declarativa) y dispone las consecuencias correspondientes (de condena), o por medio de un acto que determina cierta resolución judicial que pone término a la controversia, en todas sus expresiones, o a una parte de ella, dejando pendiente la solución de las restantes, que se remiten a otra resolución de la Corte, preparada o no por nuevos actos compositivos de las partes.

3. La normativa del proceso interamericano recoge esta última posibilidad bajo el rubro de “Terminación anticipada del proceso” (Capítulo V del Reglamento), en el que figuran, como causales de sobreseimiento, tanto el desistimiento que formula el demandante, como el allanamiento que presenta el demandado (artículo 54). En otras oportunidades me he referido al allanamiento dentro del enjuiciamiento interamericano.¹ Las reformas incorporadas al Reglamento el 25 de noviembre de 2003 reconocieron que aquel acto procesal atañe a las “pretensiones” del actor, no a los “hechos” aducidos por éste, cuya admisión reviste, en rigor, el carácter de una confesión.

4. Desde luego, ni el allanamiento a las pretensiones ni la confesión son vinculantes para la Corte Interamericana: no lo es la confesión, porque el tribunal tiene atribuciones para determinar el valor y el

1. Cfr. mis *Votos concurrentes razonados* en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Sentencia del 25 de noviembre de 2003, párrs. 10, 11, 13, 17, 18, 21, 24 y 30; y *Bulacio vs. Argentina*, Sentencia del 18 de septiembre de 2003, párr. 7.

alcance de cualquier prueba. Tampoco lo es el allanamiento —ni el desistimiento, en su caso—, porque el propio tribunal puede ordenar que prosiga el examen del caso en función de la mejor tutela de los derechos humanos, aunque se hayan producido aquellos actos. En tal virtud, por encima del interés o la disposición de la parte se hallan el interés y la exigencia de la justicia, orientada hacia la tutela de los derechos humanos en el caso concreto, pero hacia la solución potencial de otros casos, tanto por lo que toca a la jurisdicción internacional misma, como en lo que atañe a las jurisdicciones nacionales, a través de la expresión de un criterio conducente a ese fin. Esta es una de las aspiraciones y uno de los datos característicos de la justicia internacional en materia de derechos humanos. En consecuencia, el fondo prevalece sobre la forma.

5. Contrariamente a lo que sucede en otros órdenes del enjuiciamiento, las partes no pueden retirar por sí mismas el caso del conocimiento del tribunal y sustraerlo, por lo tanto, a la sentencia que éste puede dictar y que sirve tanto a la solución del problema planteado como a la tutela general de los derechos humanos, a través de la tutela particular de ciertos derechos correspondientes a determinados sujetos. Este predominio del interés público o social sobre el interés particular o institucional es bien conocido en algunas hipótesis del enjuiciamiento nacional, en el que también sustenta el impulso oficioso del proceso y la indagación autónoma de la verdad.

6. Desde luego, la emisión de un allanamiento o de una confesión suponen el retiro de las excepciones preliminares que se hubiesen interpuesto, como en efecto se ha hecho, toda vez aquéllos constituyen el presupuesto para un acto jurisdiccional posterior de la Corte, que no podría producirse —o cuya emisión sería, pro lo menos, muy discutible— si el Estado que confiesa o se allana sostiene, al mismo tiempo, que el tribunal no debe conocer del asunto propuesto en la demanda, por motivos de inadmisibilidad o incompetencia. El allanamiento invita a conocer puntos de fondo y pronunciarse sobre ellos.

7. En varios casos más o menos recientes —y desde luego en el que ahora me ocupa— el Estado ha formulado un “reconocimiento institucional” que actualiza la posibilidad de resolver inmediatamente todos los extremos de la controversia o algunos de ellos. Por supuesto, ese reconocimiento constituye un derecho del Estado llamado a juicio, pero al mismo tiempo suele traducir el cumplimiento implícito de una obligación adquirida a la luz de la Convención Americana, en cuanto los Estados que son partes en ésta han asumido el deber de respetar los derechos consagrados en dicho instrumento y adoptar las medidas necesarias para que así sea. Se trata de una manifestación del principio *pacta sunt servanda* que corrige la transgresión cometida con vulneración de ese principio. De esta suerte, el cumplimiento de la obligación proviene de un acto del Estado (el reconocimiento) y se anticipa a otro de la Corte (la sentencia).

8. Es preciso manifestar, como lo ha hecho nuestro tribunal en algunas ocasiones, entre ellas la actual, aprecio hacia esta conducta del Estado, con repercusiones sustantivas y procesales, que permite resolver el conflicto con la aportación de las partes y no sólo con la ordenación del tribunal, conforme a la motivación y al carácter generales de las soluciones autocompositivas. Las voluntades de aquéllas, en la medida en que concurren al fin último querido por quien se allana o confiesa, contribuyen al acto de justicia que se concreta en la resolución final a cargo del tribunal.

9. En la resolución del 29 de abril del 2004, la Corte expresó que “el reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (párr. 50). En este caso al igual que en el Caso *Molina Theissen vs. Guatemala* (que menciono aquí porque la resolución correspondiente se adoptó en el mismo período de sesiones de la Corte en el que se produjo la resolución del presente caso), el Estado añadió a su reconocimiento de hechos y pretensiones, una insólita “petición de per-

-
- Reconocimiento y poderes de la Corte
 - Relación de hechos
 - Competencia *ratione materiae*
 - Mayor gravedad
-

dón” dirigida a las víctimas, a los sobrevivientes y familiares, que no debe pasar inadvertida. Es esta la primera vez, según mi conocimiento, que un Estado presenta una declaración pública semejante en un juicio ante la Corte Interamericana.

10. La expresión “reconocimiento de responsabilidad internacional” contiene varios elementos: anuncia la admisión de una responsabilidad derivada de un compromiso internacional y añade una calificación —“institucional”— que no se halla recogida expresamente en la normativa del enjuiciamiento interamericano. Por ello, la Corte debe precisar el significado de esa manifestación para los fines del caso *sub judice*, acudiendo, cada vez que sea necesario, a las expresiones de las partes y a otros elementos que constan en el juicio y que permiten decidir que ha habido una confesión de hechos, un allanamiento a pretensiones o ambas cosas, de manera integral o parcial. Es deseable, aunque no indispensable —en la medida en que la Corte puede ejercer su propio examen de las cosas y resolver en consecuencia—, que quien se allana manifieste con precisión cuáles son los hechos que confiesa y cuáles las pretensiones que acepta, tanto a la luz de la demanda formulada por la Comisión Interamericana, como de la expresión de pretensiones mencionadas por las víctimas y sus familiares en los términos de los artículos 36.1 y 53.2 del Reglamento de la Corte.

11. En el presente caso, el Estado de Guatemala retiró las excepciones preliminares inicialmente planteadas y reconoció su responsabilidad internacional. Al explicar este acto, el agente del Estado señaló que el reconocimiento no abarcaba juicio alguno sobre responsabilidades penales individuales, sujetas a su propio ámbito de conocimiento. Esto se refiere a lo que he designado, en diversas ocasiones² “deber de justicia penal”, que el tribunal interamericano examina a la hora de pronunciarse sobre las reparaciones, que no han sido materia de la sentencia del 29 de abril. Esto permite observar, nuevamente, la naturaleza de las sentencias que dicta la Corte, tradicionalmente distintas y últimamente unificadas: en un extremo, declarativas de la

2. Cfr., por ejemplo, mi artículo “Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI. Memoria del Seminario* (noviembre de 1999), Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2001, t. I, pp. 154–156).

violación cometida, de ser el caso; en el otro, condenatorias a ciertas acciones, omisiones o prestaciones, si corresponde.

12. Tomando en cuenta las expresiones escritas y verbales del Estado, la Corte ha estimado pertinente expedir resoluciones que conciernen a la materia y al desarrollo del proceso. A ello se dirigieron la resolución del 23 de abril del 2004 y la propia sentencia del 29 de abril. Aquélla tuvo por retiradas las excepciones preliminares y admitió el reconocimiento de la responsabilidad internacional; la otra, a la que agrego este *Voto*, declaró que había “cesado la controversia en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso” (resolutivo 1, que se funda en la parte de la declaración del Estado, constitutiva, por su naturaleza, de una confesión) y que el Estado “violó los derechos consagrados” en diversos artículos de la Convención Americana (resolutivo 2, que se sustenta en la parte de la declaración constitutiva, también conforme a su naturaleza, de un allanamiento).

13. Como he dicho (*supra sub 4*), la Corte pudo haber ordenado la continuación del proceso en lo que concierne a los hechos y a las violaciones que éstos entrañan, ejerciendo la autoridad que le confiere el citado artículo 55 del Reglamento, pero consideró, una vez practicado el examen de las pruebas sobre ambos extremos (facultad que, insisto, no declina inmediatamente por obra de un acto de parte), que en la especie existían los elementos conducentes a la decisión judicial adoptada.

14. Se podría decir que una vez realizados la confesión y el allanamiento —ambos bajo el título de reconocimiento de responsabilidad internacional— había cesado el litigio en cuanto a los puntos de fondo (hechos violatorios de derechos convencionales) y que por lo tanto no resultaba necesario ni desahogar y valorar pruebas (por ejemplo, testimonios y dictámenes), ni mencionar aquéllos en la sentencia. No comparto esa posición. Era pertinente conocer los testimonios y dictámenes previamente ofrecidos y admitidos

por la Corte, que abarcarían las reparaciones a las que se refería el nuevo objeto de la audiencia, originalmente convocada para comprender excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Aun cuando el objeto de la audiencia sería la materia de reparaciones, difícilmente se podría examinar éstas con abstracción de toda referencia —imposible fáctica y jurídicamente— a los hechos que son su fuente y a las violaciones que las explican y justifican.

15. Por otra parte, la relación de los hechos en la sentencia, no obstante haber cesado la controversia sobre ellos, sirve a diversas finalidades pertinentes. En primer término, a la motivación de la resolución judicial misma, que no podría dictarse en el “vacío” ni partir única y exclusivamente —por las razones que ya enuncié *supra sub* 4, 10 y 13)— de las expresiones dispositivas de las partes. Además, atiende a la finalidad “aleccionadora”, si se me permite la expresión, que debe tener la sentencia de un tribunal internacional sobre derechos humanos, que pudiera no existir en el supuesto de una corte penal nacional, salvo por la función de “prevención general” que los actos de justicia penal ejercen. Y finalmente, contribuye a establecer la conexión entre la etapa del enjuiciamiento que se cierra a través de esa resolución y la que se abre por ella misma, a saber: las reparaciones, que implican “garantí(a) al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y reparación de “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” (artículo 63.1 de la Convención Americana), en su caso. En este último orden, es preciso considerar igualmente —aunque la afirmación formal respectiva corresponde a la resolución de reparaciones— que la narración de los hechos, añadida a la admisión de éstos y de las consecuentes violaciones por parte del Estado, tiene de suyo cierta eficacia reparadora, como la Corte ha señalado reiteradamente.

16. La decisión sobre reparaciones se instala sobre los hechos establecidos en las etapas previas del enjuiciamiento y las violaciones acreditadas en ellas. Así, la sentencia de fondo constituye el presu-

puesto y la condición para la sentencia de reparaciones, salvo —claro está— cuando ambos temas se examinan en una sola resolución, como lo procura actualmente la Corte, para imprimir al enjuiciamiento un carácter más concentrado y servir mejor a los principios de economía y celeridad procesales, cuyo observancia contribuye significativamente a la buena marcha del enjuiciamiento interamericano y que se traduce, en último análisis, en beneficio para la víctima. La vinculación entre los hechos recogidos en la sentencia del 29 de abril y las reparaciones cuya precisión está pendiente, se observa con mayor claridad aún si se considera la remisión expresa que hace la sentencia a aspectos específicos de esos hechos para disponer aspectos igualmente específicos de las reparaciones (párr. 51), punto que abordo *infra*, en el párrafo 17 de este *Voto*.

17. En el curso del enjuiciamiento y en la propia sentencia a la que agrego este *Voto*, se ha aludido a lo que la Comisión denominó en su demanda “política genocida del Estado realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, al pueblo indígena maya”, posición que igualmente manifestaron los representantes de las víctimas. Estas referencias sugieren la consideración de las implicaciones que pudiera tener la conducta violatoria realizada desde la perspectiva de otros instrumentos internacionales, especialmente la Convención para la prevención y sanción del crimen de genocidio, de 1948. Al respecto, la resolución de la Corte contiene algunas expresiones (párr. 51) que comparto y estimo pertinente comentar.

18. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, instituida por las normas convencionales de 1969, que fijaron el ámbito de su competencia material, ejerce sus atribuciones conforme a lo establecido en esas disposiciones, acordadas por los Estados partes de la Convención Americana, y a lo estatuido, además, por otros instrumentos que expresamente le confieren nuevos espacios de competencia material, asimismo acordados por los Estados partes en los respectivos actos internacionales, como son el Protocolo de San Salvador —que acota dicha competencia en los términos

-
- Reconocimiento y poderes de la Corte
 - Relación de hechos
 - Competencia *ratione materiae*
 - Mayor gravedad
-

del artículo 19.6—, la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura y la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas. Los Estados han reconocido la competencia contenciosa de la Corte en la inteligencia del alcance que tienen estos señalamientos.

19. Ahora bien, lo anterior no impide que el tribunal interamericano invoque elementos o referencias contenidos en el Derecho internacional en su conjunto, cuando resulte procedente hacerlo para interpretar o integrar las normas de las convenciones y el protocolo mencionados, tomando en cuenta las características de los hechos alegados y el texto y sentido de las normas inmediatamente aplicables. En este supuesto, no se hace una aplicación directa de otros instrumentos, para resolver acerca de violaciones a los derechos o a los deberes establecidos en ellos, sino se recurre a éstos como elementos de interpretación, apreciación o juicio para la mejor inteligencia y la inmediata aplicación de los instrumentos que explícitamente le confieren competencia; en otros términos, para la aplicación directa de las disposiciones contenidas en éstos. Al respecto, es pertinente tomar en cuenta lo expresado en diversas resoluciones.³

20. La violación a un derecho consagrado en una norma convencional —sin perjuicio de que lo esté también en otros planos de la cultura y la normativa jurídica nacional e internacional, que puede ser el sustento de aquella norma— implica el quebranto de un bien de alto rango que merece protección. La gravedad del quebranto se relaciona con la jerarquía de ese bien, con la forma en que se le afecta y con el hecho, presente en diversas hipótesis, de que la vulneración se dirija a un tiempo contra bienes diversos. A este respecto, puede traerse a colación, como punto de referencia o analogía aprovechable, el criterio que ya expuso la Corte Interamericana al examinar el artículo 4.1 de la Convención Americana en las sentencias de los Casos *Hilaire, Constantine y Benjamín y otros* (Sentencias del 21 de junio de 2002), a las que también acompañé un

3. Así, las sentencias correspondientes a los Casos "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y otros*), Sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C No. 63, párrs. 192–195; y *Bámaca Velásquez*, Sentencia del 25 de noviembre de 2000, Serie C No. 70, párrs. 208–210, así como en la *Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, sobre "Condición jurídica y derechos humanos del niño"*, párrs. 24 y 28–30.

Voto concurrente razonado. En este supuesto se analizó, conceptual y jurídicamente, el tema de la “mayor gravedad” de una violación. Algunas de las consideraciones esgrimidas entonces —con las variaciones que impone el traslado del orden penal al internacional y sin olvido de las particularidades que imprime la alusión al artículo 4.1— son igualmente aplicables al tema que ahora nos interesa y concurren a establecer esa “mayor gravedad” que puede proyectarse, además, en las consecuencias asociadas a la responsabilidad del Estado.

21. En el presente caso, los hechos “afectaron gravemente a los miembros del pueblo maya achí en su identidad y valores y (...) se desarrollaron dentro de un patrón de masacres” (párr. 51). El tribunal ha resuelto examinar las características de esos hechos, muchas de las cuales son notorias, “al momento de resolver sobre reparaciones” (*id.*). Esto implica que tales características pueden proyectarse sobre las reparaciones mismas, tomando en cuenta dos datos que naturalmente concurren: la naturaleza de los hechos y la forma en la que éstos sucedieron (contexto, medios, realización, consecuencias que permitirían considerar la magnitud y las condiciones de la violación). De ahí se desprenderá la gravedad de los hechos y la forma en la que debieran ser apreciados en la sentencia de reparaciones. Esto no modifica la imputación misma de los hechos al Estado, por la acción u omisión de sus agentes, pero contribuye a establecer su mayor o menor gravedad y, por lo tanto, el carácter de las reparaciones que la Corte pudiera acordar, de ser el caso.

Derechos individuales y colectivos. Reparación y preservación de la cultura. Indemnización

Caso Masacre Plan de Sánchez (Guatemala). Sentencia de reparaciones: 19 de noviembre de 2004

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos pidió a la Corte que declarase la existencia de violaciones a los derechos a la integridad personal, protección judicial, garantías judiciales, igualdad ante la ley, libertad de conciencia y religión y propiedad privada, consagrados en los artículos 5, 8, 25, 24, 12 y 21, así como la trasgresión al artículo 1.1 de la Convención Americana. Los hechos consistieron en “denegación de justicia y otros actos de intimidación y discriminación [en perjuicio] de los sobrevivientes y familiares de las víctimas de la masacre de 268 personas [...] en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea Plan de Sánchez, Municipio de Rabinal, Departamento de Baja Verapaz, ejecutada por miembros del Ejército de Guatemala y colaboradores civiles, bajo tutela del ejército, el día domingo 18 de julio de 1982”. La Comisión señaló que el Estado no había realizado una investigación seria y efectiva para establecer los hechos, juzgar y sancionar a los responsables materiales e intelectuales de los hechos denunciados, ni ha reparado las consecuencias. Según la Comisión, la masacre fue perpetrada en el marco de una política genocida del Estado guatemalteco realizada con la intención de destruir, total o parcialmente, al pueblo indígena maya.

El Estado formuló reconocimiento de su responsabilidad internacional que fue aceptado por la Corte. Quedó establecida la existencia

de violaciones a los artículos 5.1 y 5.2, 8.1, 11, 12.2 y 12.3, 13.2 y 13.5, 16.1, 21.1 y 21.2, 24 y 25, así como al artículo 1.1. Continuó el procedimiento en lo relativo a reparaciones.

VOTO*

A. DERECHOS INDIVIDUALES Y COLECTIVOS

1. Las consideraciones y decisiones que contiene la sentencia sobre reparaciones dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Masacre Plan de Sánchez, el 19 de noviembre de 2004, tras la resolución sobre puntos de fondo emitida el 29 de abril del mismo año, permiten volver sobre un tema que se ha manejado en otros pronunciamientos de este Tribunal, a saber: la titularidad de los derechos protegidos por la Convención Americana y, en su caso, por otros instrumentos internacionales que siguen la orientación de aquélla y confieren competencia contenciosa a la Corte Interamericana. Entre esas resoluciones figuran las sentencias dictadas en los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni y, en su propia vertiente, Cantos, desde el ángulo al que me refiero en este Voto.

2. En estas hipótesis, los planteamientos formulados por las partes tuvieron que ver con ciertos derechos de individuos y determinados derechos de personas morales o colectivas. Se suscitó cuestión a propósito de la titularidad de derechos “humanos” por parte de estas últimas y, consecuentemente, acerca del alcance de la potestad tutelar depositada en la Corte y de las resoluciones emitidas por ésta. Ha habido diversas lecturas al respecto. De ahí la conveniencia de retornar a este tema, a partir de la sentencia a la que agrego este Voto razonado.

3. En el caso de la Comunidad Mayagna se reconoció —tanto en instancias internas como en el curso de los procedimientos segui-

*La Jueza Medina Quiroga se adhirió al presente Voto del Juez García Ramírez.

dos ante los órganos del sistema interamericano— que dicha comunidad indígena era titular de derechos sobre bienes que había poseído de tiempo atrás y que constituían tanto la fuente de “subsistencia material” de la comunidad como elementos relevantes para su cultura y, en este sentido, datos para la integración, persistencia y trascendencia de aquélla, es decir, para la “subsistencia espiritual” del grupo, si se permite la expresión.

4. Dado que la vida personal de los integrantes de la comunidad indígena se halla entrañablemente ligada a la de esta misma, tanto en aspectos materiales como espirituales, la suma de los derechos de esos integrantes se conforma tanto con las facultades, libertades o prerrogativas que poseen independientemente de la comunidad misma —derecho a la vida, derecho a la integridad física, por ejemplo— como por los derechos que surgen precisamente de su pertenencia a la comunidad, que se explican y ejercen en función de ésta, y que en tal circunstancia adquieren su mejor sentido y contenido —derecho a participar en el uso y goce de ciertos bienes, derecho a recibir, preservar y transmitir los dones de una cultura específica, también por ejemplo.

5. Ni los derechos colectivos de la comunidad se confunden con los de sus integrantes, ni los derechos individuales de éstos se absorben o resumen en aquéllos. Cada “estatuto” conserva su entidad y su autonomía. Uno y otro, profunda y estrechamente relacionados entre sí, mantienen su carácter, están sujetos a tutela y requieren medidas de protección específicas. Así las cosas, el reconocimiento que se hace de cada uno de estos órdenes deviene relevante e incluso esencial para el otro. No existe conflicto entre ambos, sino concurrencia y mutua dependencia. Finalmente, la vida colectiva se instala en la vida individual, y esta misma adquiere tono y calidad en el marco de la existencia colectiva. Es verdad que este fenómeno puede apreciarse en muchas sociedades, acaso en todas, pero también lo es que en algunas —así, los grupos indígenas de nuestra América— reviste caracteres especiales, más intensos y decisivos.

6. Cuando la Corte —y en todo caso yo mismo, como Juez en la Corte— examinó los hechos acreditados y las pretensiones expresadas en el Caso Comunidad Mayagna, debió tomar en cuenta, para la definición de los temas planteados y el ejercicio de su propia competencia, los términos de la Convención Americana, y particularmente el artículo 1.2, que enfáticamente señala: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

7. Desde esa perspectiva, que ciertamente es clara —y refleja las ideas y las decisiones que prevalecían al tiempo de formular la Convención—, se entienden las numerosas alusiones que el instrumento internacional contiene a propósito de los derechos de la persona. En varios preceptos se expresa: “Toda persona tiene derecho”, es decir, se reconoce al ser humano el derecho que ese precepto recoge. Tal es el caso, precisamente, del artículo 21, relativo a la propiedad, cuyo primer párrafo inicia con la reiterada fórmula: “Toda persona tiene derecho”. Se alude, pues, a un derecho de la persona humana.

8. Por cierto, hay otras disposiciones del sistema convencional americano que han acogido la misma orientación. Así se observa en el artículo 8.1.a del Protocolo de San Salvador, que reúne figuras del Derecho individual y del Derecho colectivo del trabajo, sectores, ambos, del Derecho laboral moderno. Este reconoce derechos de los individuos trabajadores y alude a deberes de los Estados en relación con ellos, personas físicas, y con los sindicatos y federaciones sindicales, personas colectivas o morales, formadas por aquéllos o por agrupaciones de personas físicas.

9. Ahora bien, ese mismo artículo, que se refiere al “derecho de los trabajadores a organizar sindicatos”, caracteriza las facultades que éstos tienen, correlativas a los deberes que atribuye a los Estados, como “proyección” del derecho individual de los trabajadores a organizar sindicatos y afiliarse a ellos para proteger y promover sus intereses. Así, el Protocolo tutela directamente derechos de la

persona humana, y sólo indirectamente favorece —a través de los derechos de ésta, que siempre se hallan en el primer plano—, facultades de personas colectivas.

10. Conforme a estas consideraciones debiera entenderse, a mi juicio, la sentencia dictada en el Caso de la Comunidad Mayagna. Al respecto, en el párrafo 14 de mi Voto concurrente a esa sentencia indiqué: “En el análisis del tema sujeto a su jurisdicción, la Corte Interamericana contempló los derechos de uso y goce reconocidos en el artículo 21 desde la perspectiva, perfectamente válida, de los miembros de las comunidades indígenas. En mi concepto, esta forma de analizar el tema, para los fines de la presente sentencia, no implica en modo alguno desconocer o negar derechos de otra naturaleza o alcance vinculados con aquéllos, como son los de carácter colectivo, a los que con la mayor frecuencia aluden las normas e instrumentos nacionales e internacionales que he invocado en este Voto. Es indispensable observar que estos derechos comunitarios, que forman parte entrañable de la cultura jurídica de muchos pueblos indígenas, y por lo tanto de sus integrantes, constituyen la fuente y el amparo de los derechos subjetivos individuales. En suma, existe una íntima e indisoluble vinculación entre los derechos de ambos órdenes —individuales y colectivos—, de cuya vigencia efectiva depende la genuina tutela de las personas que forman parte de los grupos étnicos indígenas”.

11. Ciertamente hay un buen conjunto de instrumentos o proyectos que acogen los derechos colectivos indígenas, como arriba se indica. A ellos alude la sentencia del caso Mayagna, y en mi Voto concurrente invoqué algunos. Del mismo modo existen numerosas disposiciones del más alto rango en el Derecho interno —varias constituciones políticas de países americanos— en las que se afirma la existencia de esos mismos derechos, a partir del orden jurídico precolombino y de la relación específica de los grupos indígenas con el territorio que han poseído —no sin interferencias generadas por otras pretensiones de dominio— y en el que aqué-

llos han desarrollado su vida y preservado antiguos usos y creencias. Esa relación específica posee características que van más allá de la mera posesión o propiedad de la tierra.

12. El estatuto de esos pueblos y de los bienes que les pertenecen, que constituye el viejo soporte de las relaciones sociales en buena parte de América, debe ser adecuadamente protegido. No lo hicieron las leyes liberales decimonónicas, que militaron a favor de la propiedad individual y negaron o enrarecieron los derechos originales de los pueblos americanos. Han procurado hacerlo, con mayor o menor fortuna, las normas oriundas de la corriente social del Derecho, desde la primera mitad del siglo XX. Este es el marco en el que se analizan los derechos de los integrantes de los pueblos, en tanto miembros de estas antiguas comunidades. Los derechos de éstas no surgen del orden jurídico reciente; que se limita a reconocerlos.

13. Subrayo que esta forma de interpretar la Convención y las resoluciones que el Tribunal emite con fundamento en ella, no desconoce ni disminuye, en modo alguno, los derechos colectivos de los grupos indígenas, ampliamente acogidos en instrumentos internacionales y leyes nacionales, que pretenden hacer justicia a los habitantes originales de América, víctimas de un inveterado despojo. Por el contrario, destacan esos derechos comunitarios en su elevado valor jurídico, ético e histórico y reconocen que son fuente de derechos individuales y que éstos, provenientes de aquéllos o nutridos por ellos, son a su vez derechos humanos con el mismo rango que cualesquiera otros previstos en las disposiciones convencionales.

14. Me referí también, como precedente para el deslinde entre derechos individuales y colectivos, al Caso Cantos. En este supuesto se examinó la participación de una persona física en el patrimonio de una persona colectiva, tema gobernado por el ordenamiento civil y mercantil. Recordaré solamente que en la sentencia de ese

caso la Corte afirmó: “si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo no. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad (de) que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema de Derecho” (párr. 29).

B. REPARACIÓN Y PRESERVACIÓN DE LA CULTURA

15. La sentencia del Caso Masacre Plan de Sánchez, del 19 de noviembre de 2004, se ha dictado sobre la base de la ya mencionada sentencia del 29 de abril, que a su vez tomó en cuenta el reconocimiento de la responsabilidad internacional formulado por el Estado el 23 de abril de 2004, admitido por la Corte en resolución de la misma fecha. La sentencia del 19 de noviembre, que acompaña con este Voto, dispone ciertas reparaciones a título de indemnización por el daño inmaterial causado por las violaciones, que guardan relación con la necesidad de preservar la cultura tradicional de las víctimas y sus descendientes.

16. La agresión sufrida ha destruido o intentado destruir la liga histórica entre las viejas y las nuevas generaciones, por la que transcurre esa tradición cultural que es condición y expresión de la identidad de sus miembros, tanto en el plano individual como en el orden colectivo. Al sacrificar a las mujeres y a los ancianos se ha cortado o pretendido cortar la recepción de la cultura y la transmisión de ésta, hechos que dan identidad, continuidad y trascendencia histórica a ciertos grupos humanos. Se extrema esta alteración gravísima cuando se obliga a los varones supervivientes a incorporarse en el contingente de sus agresores y actuar solidariamente con éstos, como si fueran integrantes de aquél y no de los grupos violentados.

17. El punto se halla bien abarcado, a mi juicio, en algunos extremos de la sentencia sobre reparaciones emitida en este caso, como ocurre cuando se dice que “con la muerte de las mujeres y los ancianos, transmisores orales de la cultura maya achí, sus conocimientos no pudieron ser transmitidos a las nuevas generaciones, lo que ha producido en la actualidad un vacío cultural. Los huérfanos no recibieron la formación tradicional heredada de sus ancestros. A su vez, la militarización y represión a la que fueron sometidos los sobrevivientes de la masacre, especialmente los jóvenes, ocasionó la pérdida de la fe en las tradiciones y conocimientos de sus antepasados” (párr. 49.12).

18. El derecho a los beneficios de la cultura figura en el artículo 14 del Protocolo de San Salvador. La Corte no ha pretendido aplicar esta norma, sino se ha limitado a establecer las evidentes consecuencias del daño sufrido —material e inmaterial— por las víctimas de las violaciones declaradas a la Convención Americana, violaciones que, por lo demás, quedan comprendidas en el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado, conforme a la sentencia del 29 de abril de 2004 dictada en este caso por la Corte Interamericana. Desde luego, hay vasos comunicantes entre los bienes jurídicos preservados directamente por la Convención Americana y aquellos que recoge el Protocolo de San Salvador, a tal punto que la tutela otorgada por aquel instrumento contribuye a la protección de bienes acogidos en el Protocolo.

19. Es pertinente recordar que el reconocimiento de la responsabilidad internacional por parte del Estado abarca violaciones a los artículos 1.1, 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad personal, específicamente ataque a la integridad física, psíquica y moral, tortura y trato cruel, inhumano o degradante), 8.1 (Garantías judiciales), 11 (Protección a la honra y dignidad), 16.1 (Libertad de asociación), 21.1 y 21.2 (Derecho a la propiedad privada, específicamente uso y goce de bienes y proscripción de la privación de éstos), 24 (Igualdad ante la ley) y 25 (Protección judicial). Asimismo, viola-

ciones a los artículos 12.2 y 12.3 (específicamente, menoscabo de la libertad de religión o creencias y proscripción de restricciones a la manifestación de aquéllas), 13.2 a) y 13.5 (Libertad de pensamiento y expresión; en la especie, respeto a los derechos o la reputación, y prohibición de propaganda de guerra y apología del odio que incite a la violencia por motivos de raza, color, religión, idioma u origen nacional, inter alia).

20. Las privaciones a las que se vieron sujetas las víctimas ocasionaron a éstas un grave sufrimiento físico, psíquico y moral, en el sentido del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, y trajeron consigo el quebranto de algunos extremos en el ejercicio de la libertad de conciencia y de religión, en el sentido del artículo 12.2 y 12.3 del Pacto de San José, así como de la libertad de pensamiento y expresión en lo relativo a la incitación a la violencia, conforme al artículo 13.2 y 13.5, preceptos invocados, entre otros, en las declaraciones formuladas por la Corte en la referida sentencia del 29 de abril, a la que ahora me remito.

21. Habida cuenta de lo anterior, resulta pertinente que la Corte disponga medidas de reparación que alivien el menoscabo sufrido por las víctimas y sus derechohabientes, eviten la repetición de violaciones de esta naturaleza y restablezcan, en la medida de lo posible, algunas de las condiciones existentes antes de que ocurriera la masacre y ésta produjera sus más graves y notorias consecuencias. Estas medidas de reparación tienen diversa entidad. Entre ellas figuran las que a partir de la violación del artículo 5 del Pacto de San José se relacionan con la preservación de la cultura de las comunidades afectadas y la provisión de ciertos bienes y servicios que contribuyan a mitigar el sufrimiento causado y a evitar nuevas violaciones de la misma naturaleza.

C. INTEGRACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN

22. Con el ejercicio de la jurisdicción protectora de derechos humanos, que entra en la escena cuando se ha violado un derecho fun-

damental en agravio de determinada persona, el sistema al que esa jurisdicción pertenece pretende diversos fines: restablecer el orden jurídico quebrantado, restaurar la paz y la tranquilidad social sobre la base de la libertad y la justicia, evitar la autodefensa y reparar el daño ocasionado a la víctima. No me ocuparé en establecer aquí la jerarquía de esos objetivos en el orden tutelar de los derechos humanos. Lo que me interesa es destacar la necesidad de proveer a la víctima o a sus derechohabientes, en su caso, de una tutela judicial efectiva, que se traduzca, una vez cometido el agravio, en determinada reparación razonable, que reduzca las consecuencias de la violación y mitigue los males que ésta ha causado. Esa reparación debe tener fundamento en la justicia y, más aún, en la equidad.

23. El juzgador no puede perder de vista esta necesidad, que tiene su punto de partida y de llegada en la consideración debida a los seres humanos que han sido afectados directamente por la violación. Es verdad que a partir de estos casos, a menudo conmovedores y angustiosos, es posible —y necesario— establecer conceptos y construir doctrinas de general alcance que contribuyen al desarrollo del Derecho, pero también lo es que el juzgador no puede —o no debe, a mi juicio— hacer de lado el “caso individual” y concentrar la atención en el “concepto general”, dejando a la víctima en la oscuridad y la lejanía, reducida a ser simple motivo para una reflexión y unas conclusiones que la desbordan y, al cabo, la abandonan.

24. Cuando se ha de resolver acerca de la indemnización correspondiente a la privación de bienes jurídicos que no tienen carácter estrictamente patrimonial, el juzgador enfrenta problemas de muy difícil solución. Esto sucede cuando se quiere compensar el sufrimiento generado por la privación arbitraria de la vida de un ser querido, pero también cuando se resuelve la prestación con motivo de otras violaciones que generan sufrimiento. En el presente caso, la privación arbitraria de la vida, en sí misma, ha quedado fuera de la competencia de la Corte Interamericana en razón de la fecha en que el Estado admitió dicha competencia. Cuando

viene a cuentas un sufrimiento intenso, el daño causado se puede y debe compensar o aliviar solamente a través de una prestación económica. A falta de solución mejor se ha aceptado, pues, que el quebranto determina la obligación de indemnizar.

25. Obviamente, en estos casos no se puede compensar el daño padecido en la forma en que se haría cuando la pérdida de un bien puede ser atendida con la entrega de otro de naturaleza y valor idénticos al perdido, operación que se aproxima a la restitución. En tales hipótesis, se plantea un pago en numerario o una prestación en especie, o ambas cosas, que contribuyan, por una parte, a expresar el reproche que merece la violación perpetrada y el aprecio que se debe al titular del bien lesionado, y por otra parte, a mitigar el sufrimiento causado.

26. Aun cuando no se pretende ahora, por la razón mencionada en el párrafo 24, compensar por la privación de la vida, sino sólo por el sufrimiento desencadenado por los hechos violatorios que han quedado sujetos a la consideración de la Corte, me parece conveniente establecer, como punto de referencia general, algunas precisiones sobre el criterio de reparación aplicable.

27. Todos los seres humanos son iguales ante la ley y ante la justicia. Sus bienes merecen idéntica protección. El menoscabo de éstos debe ser valorado con igual aprecio en todos los casos. Sin embargo, el tribunal puede tomar en cuenta las circunstancias en que se hallan los beneficiarios de la posible indemnización para disponer, en cada caso, las características de ésta. Esta consideración casuística acerca del daño inmaterial —la consideración del daño material puede llevar a conclusiones diferentes— no significa que se asigne diverso valor al sufrimiento causado por la violación, sino que se pondera la mejor forma de proveer al resarcimiento, de manera que éste beneficie más al destinatario de la prestación, por una parte, y permita mejor el cumplimiento a cargo del sujeto obligado, por la otra, del que depende aquel beneficio.

28. Las consideraciones anteriores justifican, en mi concepto, que la Corte Interamericana haya dispuesto una indemnización de veinte mil dólares para todas y cada una de las víctimas sobrevivientes de la masacre, cantidad que pudiera resultar inferior a la asignada en otros casos como correspondencia a daños inmateriales de la misma fuente. No es menor el aprecio por el sufrimiento humano en este caso, en razón del número de víctimas o de las características de los hechos. Para atender al objetivo mencionado en el párrafo anterior, el Tribunal consideró la pertinencia de acordar también otras medidas a favor de esas víctimas, que se agregan a la indemnización en efectivo y que constituyen, como esta misma, partes de una compensación unitaria.

29. De nueva cuenta la Corte consideró, en este extremo de la sentencia de reparaciones, el dato colectivo de la vida de los destinatarios de la indemnización, y por ello examinó y acordó con sentido práctico, al lado de la entrega de ciertas cantidades en efectivo, determinadas prestaciones que permitirán mejorar la situación que guardan las víctimas. Efectivamente, en la sentencia se hace ver que “dado el hecho de que las víctimas en este caso son parte del pueblo maya, este Tribunal considera que la reparación individual tiene como un componente importante las reparaciones que esta Corte otorga (.) a los miembros de las comunidades en su conjunto” (párr. 86).

30. A esta preocupación del Tribunal, que pretende ampliar el alcance y el beneficio real de la indemnización, corresponden algunas medidas de “repercusión pública” (párr. 93), como son las concernientes al programa de vivienda y al programa de desarrollo (salud, educación, producción e infraestructura) a los que alude la sentencia (párrs. 105 y ss.). De esta manera, la Corte sigue integrando su jurisprudencia en materia de reparaciones, que es una de las vertientes más elaboradas e interesantes en el trabajo jurisdiccional del Tribunal, en una línea iniciada en los casos Aloboetoe y Comunidad Mayagna, que adquiere mayor desarrollo en el Caso Masacre Plan de Sánchez, conforme a la sentencia de reparaciones del 19 de noviembre de 2004.

Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte. Los patrones de violación. Justicia penal y derechos humanos. El Estado garante. Garantías judiciales y protección judicial. Debido proceso. Presunción de inocencia. Detención arbitraria. Información sobre los cargos. Control judicial. Amparo. Defensa. Prueba suficiente. Plazo razonable. Prisión preventiva. El estado de las prisiones. Tutela de la posesión. Protección a la familia y proyecto de vida. *Restitutio in integrum*. Cargas fiscales

Caso Tibi (Ecuador).**Sentencia: 7 de septiembre de 2004**

El señor Tibi era comerciante en piedras preciosas. Fue detenido por oficiales de la policía, sin orden judicial, mientras conducía su automóvil en Quito. Se le trasladó a Guayaquil y permaneció en prisión durante veintiocho meses. Sufrió torturas y se le privó de los bienes que tenía consigo al momento de su detención. La demanda señaló violaciones a los derechos a la integridad personal, libertad personal, propiedad privada y protección judicial. La Corte consideró que el señor Tibi había sido víctima de diversas violaciones, conforme a los señalamientos contenidos en la demanda, y en la misma sentencia condenó al Estado a efectuar diversas reparaciones: investigación de los hechos y sanción de los responsables, publicación de la sentencia —tanto en Ecuador como en Francia, país de origen y residencia de la víctima—, reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado y petición de disculpas, establecimiento de programas de formación del personal judicial, del Ministerio Público, policial y penitenciario.

VOTO

I. SENTIDO Y TRASCENDENCIA DE LAS RESOLUCIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA

1. En este *Voto concurrente razonado* que acompaño a la Sentencia de excepciones preliminares, fondo y reparaciones en el *Caso Tibi vs. Ecuador*, dictada por la Corte Interamericana el 7 de septiembre de 2004, pretendo referirme a varias cuestiones que dicha resolución contempla, así como al sentido que tienen y a la trascendencia que debieran poseer las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunal que en este año 2004 cumple veinticinco años de labores a partir de su instalación el 3 de septiembre de 1979, al amparo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Al examinar aquellas cuestiones específicas —particularmente, debido proceso y condiciones de la detención— expondré comentarios y razonamientos que constituyen una aproximación a la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el curso de estos lustros.

2. Como se ha dicho con frecuencia, la jurisdicción interamericana no es ni pretende ser una nueva y última instancia en el conocimiento que se inicia y desarrolla ante los órganos nacionales. No tiene a su cargo la revisión de los procesos internos, en la forma en que ésta se realiza por los órganos domésticos. Su designio es otro: confrontar los actos y las situaciones generados en el marco nacional con las estipulaciones de los tratados internacionales que confieren a la Corte competencia en asuntos contenciosos, señaladamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para establecer, a partir de ahí, orientaciones que posean amplio valor indicativo para los Estados partes en la Convención, además de la eficacia preceptiva —carácter vinculante de la sentencia, como norma jurídica individualizada— que tienen para el Estado que figura como parte formal y material en un proceso.

3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados —disposiciones de alcance general— a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público —y, eventualmente, de otros agentes sociales— al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.

4. Del mismo modo que un tribunal constitucional no podría —ni lo pretende— traer ante sí todos los casos en que se cuestiona o se pueda cuestionar la constitucionalidad de actos y normas, un tribunal internacional de derechos humanos no aspira —mucho menos todavía que el órgano nacional— a resolver un gran número de litigios en los que se reproduzcan violaciones previamente sometidas a su jurisdicción y acerca de cuyos temas esenciales ya ha dictado sentencias que expresan su criterio como intérprete natural de las normas que está llamado a aplicar, esto es, las disposiciones del tratado internacional que invocan los litigantes. Este designio, que pone de manifiesto una función de la Corte, sugiere también las características que pueden tener los asuntos llevados a su conocimiento.

5. Sería imposible, además de indeseable, tomando en cuenta el carácter subsidiario o complementario de la jurisdicción in-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
 - Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
 - Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
 - Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
 - El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
 - Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales
-

ternacional, que ésta recibiera un gran número de contiendas sobre hechos idénticos o muy semejantes entre sí, para reiterar una y otra vez los criterios sostenidos en litigios precedentes. Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos.

6. Consecuentemente, en la lógica del sistema —y en las aspiraciones institucionales de la Corte Interamericana, como elemento de éste— reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto —un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información— lo que explica y justifica, a la postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.

II. LOS PATRONES DE VIOLACIÓN

7. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre hechos que conforman, en cierto modo, un patrón tradicional de violación de los derechos. Últimamente han llegado al tribunal temas diferentes, que se hallan en la frontera entre los llamados derechos de primera generación y los calificados como derechos de segunda generación, o bien, cuestiones relaciona-

das con aquéllos que no se habían planteado anteriormente y que permiten la apertura de nuevos frentes de reflexión jurisdiccional, que a su turno proponen las nuevas fronteras de los derechos humanos en América, conforme a la interpretación provista por la Corte Interamericana.

8. No obstante esta paulatina aparición de temas diferentes a los transitados en los años ochenta e incluso en los años noventa, en el conjunto de casos sometidos a la Corte persisten algunos de carácter “tradicional”. No sólo no han declinado o se han ausentado, como hubiera sido deseable y parecido natural, sino han cobrado nuevas expresiones o han mantenido una presencia cuya constancia pone de manifiesto la necesidad, a la que antes me referí, de revisar el estado de estas cuestiones en el orden interno para ajustarlo, de una vez, a los “estándares” internacionales. El tribunal internacional cumple su parte en la mejor medida a su alcance cuando identifica las grandes cuestiones dentro de los litigios de que conoce o las opiniones que emite y produce la doctrina jurisdiccional que figura en sus consideraciones. La siguiente etapa corre a cargo de la jurisdicción nacional, no sólo por la competencia legal que tiene, sino —sobre todo— por la capacidad real que posee para abarcar todos los problemas que se suscitan en el ámbito interno.

9. Ciertamente, esos “estándares” internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

III. JUSTICIA PENAL Y DERECHOS HUMANOS

10. A la luz de estas consideraciones me parece útil examinar dos temas centrales en el caso contencioso al que corresponde la sentencia del 7 de septiembre de 2004, acompañada por este *Voto*. Se trata de temas que la Corte aborda de nueva cuenta, en forma y términos ya expresados, por lo que toca a sus extremos más relevantes, en otros pronunciamientos emitidos en las vías contenciosa o consultiva. Me refiero al debido proceso legal en asuntos de orden penal —pero también, conforme a la jurisprudencia de la Corte, en cuestiones contenciosas de otra naturaleza— y al régimen de las instituciones de privación de la libertad, sea preventiva o cautelar, sea punitiva o ejecutiva, tanto de adultos como de menores de edad. El proceso y las prisiones han sido, son y tal vez serán —ojalá que no fuera así— escenarios de las más reiteradas, graves y notorias violaciones de los derechos humanos. Es hora de que se vuelva la mirada hacia estos escenarios, constantemente denunciados e insuficientemente reformados, para modificarlos radicalmente.

11. Ambos temas tienen ciertos denominadores comunes. Uno y otro constituyen, como se ha dicho con frecuencia, un espacio crítico para la vigencia de los derechos humanos. En rigor, la llamada justicia penal —o, menos pretenciosamente, el sistema penal— es la zona crítica de los derechos humanos. En ella quedan esos derechos expuestos al más grave riesgo, y en ella sufren la más severa afectación, con dolorosa frecuencia. Aquello obedece a que la persecución penal pone en conflicto inmediato al Estado, dotado de la mayor fuerza como monopolizador de la violencia —supuestamente legítima— e investido de la mayor capacidad de intervención en la vida de las personas, con los individuos indiciados, procesados o sentenciados, a los que se identifica como “enemigos sociales” y que ciertamente no poseen, ni siquiera al amparo de los sistemas judiciales más desarrollados, la fuerza jurídica y material de que dispone el Estado. Como he destacado, no deja de ser elocuente el epígrafe que se coloca en algunos procesos, exponiendo

la identidad de los contendientes y sugiriendo el peso que cada uno tiene en su platillo de la balanza: *El Estado contra X, La República contra Y, El Rey contra Z*, y así sucesivamente. Difícilmente hallaría mejor fundamento la tendencia equilibradora o igualadora que caracteriza al proceso moderno.

12. Por eso es precisamente ahí, en los dominios de la justicia penal, donde resulta más necesario “trabajar” el tema de los derechos humanos —sin que esto implique desatención en otras áreas— a través de proclamaciones rotundas, normas imperiosas y prácticas inflexibles, aseguradas, todas ellas, con el vigor y la eficacia de instrumentos garantizadores puestos en manos idóneas: competentes, independientes, imparciales, cuya fortaleza e integridad aseguren la vigencia de los derechos en un terreno especialmente propicio a la violación. Este aseguramiento de derechos esenciales, radicales, irreductibles, tropieza también con extravíos en la percepción pública favorecidos por la presentación de falsos dilemas que enfrentan las exigencias de la seguridad pública con las “debilidades” que supuestamente acarrea la tutela de los derechos humanos. Por el pasadizo que abren los falsos dilemas circulan las corrientes autoritarias que se ciernen sobre el proceso y las prisiones, aunque no sólo sobre ellos.

IV. EL ESTADO “GARANTE”

13. En las sentencias de los casos *Tibi e Instituto de Reeducación del Menor “Panchito López”*, así como anteriormente en las resoluciones de los casos *Hilaire, Constantine y Benjamín* (sentencia del 21 de junio del 2002) y *Bulacio* (sentencia del 18 de septiembre de 2003), al igual que en la *Opinión Consultiva OC-17/02*, emitida el 28 de agosto de 2002, sobre situación jurídica y derechos del niño, la Corte Interamericana ha afirmado la condición específica de garante que corresponde al Estado con respecto a los derechos de quienes se hallan sometidos a privación o restricción de libertad en instituciones del poder público y a cargo de agentes de éste.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

14. En el Derecho penal, el garante del bien jurídico está llamado a responder del resultado lesivo que no impide, pudiendo y debiendo hacerlo, bajo la fórmula de la comisión por omisión. En la jurisprudencia de la Corte se ha manejado el concepto de garante con una caracterización que guarda cercanía conceptual con la que acogen los ordenamientos de aquella materia: por una parte, la existencia de una obligación que proviene de determinada fuente; por la otra, la presencia de un resultado lesivo típico, que se pone en la cuenta del obligado.

15. Claro está que el Estado debe proveer ciertas condiciones de vida y desarrollo a todas las personas que se hallan bajo su jurisdicción. Hacerlo así —particularmente, aunque no exclusivamente, en lo que corresponde a la seguridad y la justicia— constituye, inclusive, una “razón de ser” del Estado, y por lo tanto un punto de referencia para ponderar la justificación y eficacia del poder público. Ahora bien, esa obligación y la responsabilidad consecuente se extreman, adquieren una intensidad mucho más acentuada, son aún más exigibles, con todo lo que ello supone, cuando el sujeto titular de derechos queda a merced del Estado —por ejemplo, en una “institución total”, donde todo se regula y supervisa— y no puede, por sí mismo, ejercitar sus derechos e impedir el asedio de quienes los vulneran.

16. En estas hipótesis se presenta una situación de debilidad, desvalimiento o vulnerabilidad, a causa de procedimientos instituidos por el Estado que depositan la suerte del ciudadano en manos de los agentes del poder público. “En el presente caso —señala la sentencia de la Corte Interamericana— está demostrado que durante los meses de marzo y abril de 1996 el (inculpa-do) fue objeto, por parte de los guardias de la cárcel, de sesiones de violencia física, con el fin de obtener su autoinculpación”. ¿Qué protección tiene el recluso, en la oscuridad de la cárcel, una pequeña ciudad invisible, contra los custodios que subvierten su misión?

17. Si en la hipótesis penal de la comisión por omisión la posición de garante surge de la ley o del contrato, en el de la detención proviene de una situación *de jure* y otra *de facto*, derivada de aquélla. Por una parte, la inmensa restricción de libertad que existe en la detención procesal o en la prisión punitiva. Por la otra, la situación real que esa restricción engendra. Desde luego, lo mismo puede señalarse en lo que toca a diversos supuestos en que el Estado asume la responsabilidad, prácticamente total, sobre el ejercicio de los derechos individuales y la preservación de la dignidad humana: así, en los internados para niños, adolescentes y jóvenes, las instituciones de seguridad pública que implican el control entero de la actividad del individuo, los centros de salud, especialmente los asignados al cuidado de enfermos mentales, y otros semejantes.

18. En mi *Voto concurrente* a la sentencia dictada en el caso *Hilaire, Constantine y Benjamín* me referí a la función de garante del Estado, que en la especie implica: a) omitir todo aquello que pudiera infligir al sujeto privaciones más allá de las estrictamente necesarias para los efectos de la detención o el cumplimiento de la condena, por una parte, y b) proveer todo lo que resulte pertinente —conforme a la ley aplicable— para asegurar los fines de la reclusión: seguridad y readaptación social, regularmente, por la otra.

19. En suma, hay que seguir insistiendo en la existencia de esa posición especial de garante y en las consecuencias que ella entraña para el Estado y para la persona. Esto cubre la conducta de los agentes del Estado —que incurren en violaciones sistemáticas de los derechos de los reclusos en el curso de la vida carcelaria—, por acción o por omisión, como lo ponen de manifiesto los casos *Tibi* y *Panchito López*, a los que se debe agregar, también de reciente fecha, la explosiva situación en el reclusorio de *Urso Branco*, donde han continuado las muertes violentas de reclusos, no obstante las medidas provisionales acordadas por la Corte Interamericana.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

20. La reiteración de las violaciones, a despecho de los proyectos y las promesas, e incluso de acciones que ofrecerán resultados a mediano y largo plazo, me llevó a señalar en mi *Voto concurrente* a la resolución de medidas adoptada el 7 de julio de 2004, a propósito de las condiciones imperantes en el reclusorio de *Urso Branco*: “Bien que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutivos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad. Pero nada de eso, que es preciso realizar cuanto antes, puede suplir la inmediata adopción de las medidas necesarias para evitar que se presente una sola muerte más en la Cárcel de Urso Branco”

V. GARANTÍAS JUDICIALES Y PROTECCIÓN JUDICIAL

21. En el Derecho penal se conoce el concurso de delitos, que trae consigo, generalmente, agravación de la pena aplicable. Para esto se aprecia el conjunto y se resuelve en consecuencia. Algo semejante ocurre en el Derecho de los derechos humanos. Rara vez se presenta aisladamente la lesión a un bien jurídico tutelado por algún precepto convencional. La jurisprudencia de la Corte Interamericana contiene numerosos ejemplos de esto. Regularmente las violaciones son múltiples, a partir de una sola conducta ilícita (como en el caso de la desaparición forzada: violación de diversos derechos, como lo señaló la Corte desde sus sentencias tempranas: así, la sentencia de fondo en el caso *Velásquez Rodríguez*, del 29 de julio de 1988), o bien, en el curso de hechos o actos sucesivos, inmediatos entre sí. Es perfectamente posible que a lo largo de

un procedimiento persecutorio de carácter penal, que puede desenvolverse aceleradamente, se planteen violaciones diversas: la detención arbitraria, la tortura, la severidad irracional de la prisión preventiva, los quebrantos del debido proceso, las deficiencias de la sentencia. Cada una tiene, sin embargo, su propia entidad.

22. Las cosas pudieron verse de otro modo —pero entonces no existía la tutela de los derechos humanos que hoy conocemos— cuando se prevenía pena capital “exacerbada”, esto es, cumplida con gran despliegue de medios que extremaban el sufrimiento del condenado. Los ejemplos abundan: tal, el caso de Damiens, cuya relación hace Foucault en las primeras páginas de *Vigilar y castigar*. Así, la tortura formaba parte de la muerte punitiva, se hallaba integrada en este castigo, que no suponía tormento purgatorio, por una parte, y muerte fulminante, por la otra. Aún así, es posible distinguir naturalmente entre el sufrimiento que se inflige y la muerte que se causa: con aquello se vulnera —decimos hoy, en el lenguaje del artículo 5 de la Convención Americana— el derecho a la integridad personal, y con la segunda se quebranta el derecho a la vida que reconoce el artículo 4.

23. Existe, pues, una constelación de acontecimientos, apenas con solución de continuidad, si acaso existe, que el juzgador debe observar, analizar y declarar. A partir de ahí se establecerá la responsabilidad del Estado y las consecuencias que correspondan a las violaciones cometidas. La condena subsecuente tomará en cuenta ese conjunto, no apenas cada una de sus piezas, sin que la separación conceptual niegue la estrecha relación que existe entre algunos bienes, los correspondientes derechos y los sucesos en que se lesiona aquéllos y se vulnera éstos.

24. Lo anterior se observa en diversos extremos, y particularmente en el análisis de los artículos 8 (Derecho a garantías judiciales) y 25 (Derecho a protección judicial). En ambos casos se trata de tutela judicial efectiva, disciplinada a condiciones establecidas en

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

el curso de la prolongada evolución de esta materia. Es probable que las deficiencias en el debido proceso (ataques al artículo 8) se combatan con recursos judiciales (instrumento del artículo 25), en los que pueden aparecer, a su turno, nuevas violaciones del debido proceso, ahora en la sede del procedimiento de protección instituido por este último precepto. Y también es posible, por supuesto, que ese mismo instrumento —habeas corpus, amparo y otros mandamientos de semejante designio— se invoque para preservar derechos contenidos en todos o casi todos los preceptos de la Convención Americana.

25. Persiste, pues, la frontera entre bienes y derechos, en sus respectivas hipótesis, que pueden ser analizados separadamente. Así lo hace esta sentencia, por ejemplo, en la medida en que estudia la inobservancia del artículo 25 desde la perspectiva de la violación al artículo 7.6, referente al control de legalidad de la detención. No descarto la hipótesis, más compleja que la que ahora menciono, de que exista deslinde entre el juez de garantías —o quien hace sus veces—, que opera en el enjuiciamiento penal mismo, para asegurar la observancia de la legalidad en materia de pruebas y medidas precautorias (que es otra forma de observar el mandamiento del artículo 7.6), y el juez de legalidad o constitucionalidad de los actos de autoridad, constituido como tribunal externo al procedimiento penal, a quien se recurre con apoyo en el artículo 25 de la Convención y en las numerosas disposiciones nacionales que regulan esta cuestión.

26. En torno a este mismo asunto, tómese en cuenta que existe la posibilidad de suspender, en los términos del artículo 27.2 de la Convención, las garantías judiciales consignadas en el artículo 8, pero esta posibilidad no existe en lo que respecta a las garantías indispensables para la tutela de los derechos sustantivos cuya suspensión se prohíbe, que son justamente las aludidas en el artículo 25, como lo ha hecho notar la Corte Interamericana en opiniones consultivas acerca del amparo y el habeas corpus y en asuntos conten-

ciosos en los que ha aplicado este criterio. Al respecto, hay que considerar, especialmente, las Opiniones Consultivas *OC-8/87*, acerca de “El habeas corpus bajo suspensión de garantías”, del 30 de enero de 1987, y *OC-9/87*, en torno a las “Garantías judiciales en estados de emergencia”, del 6 de octubre de 1987. Subsiste la necesidad, sin duda, de tomar en cuenta las exigencias del debido proceso legal a la hora de valorar la observancia del artículo 25. Sería inadmisibles que la protección ofrecida por éste quedase reducida o cancelada a través de procedimientos que desconocieran derechos procesales indispensables ante la jurisdicción de habeas corpus o amparo.

VI. DEBIDO PROCESO

27. El debido proceso —*due process*, de raíz anglosajona, que en algún país se traduce como garantías esenciales del procedimiento—, es una de las más formidables herramientas para la protección de los derechos. Además constituye, él mismo, un derecho y una garantía para el justiciable. Permite o realiza la tutela judicial efectiva. Implica acceso a la justicia formal, como audiencia, prueba y argumento, y material, como cauce para la obtención de una sentencia justa. Es limpieza y equilibrio en el empleo de las armas que se permiten al acusador y se depositan, igualmente, en las manos del inculpado, así como objetividad, serenidad y voluntad de dar a cada quien lo suyo por parte del tribunal; en suma, *fair trial*. Todas estas nociones, cada una con su propia caracterización y su emplazamiento en los órdenes jurídicos nacionales, tienen un denominador común en su origen, desarrollo y objetivo, y pueden congregarse en el concepto de debido proceso.

28. Habíamos ganado un amplísimo terreno en la procuración del debido proceso. La Corte se ha referido a éste —así, en la Opinión Consultiva *OC-16/99*, acerca de “El derecho a la información sobre la asistencia consular”, del 1 de octubre de 1999, a la que agregué un *Voto* particular en el que analizo este punto— como un

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

sistema de garantía con poder expansivo. La estática del debido proceso, guarecido en ciertos actos, derechos y garantías inderogables, se ha reforzado con la dinámica moderna de ese concepto: un progreso constante que ha traído consigo, al paso de la consolidación de la democracia y el Estado de Derecho, nuevos derechos y garantías emergentes, que concurren a formar la idea y la práctica más avanzadas del debido proceso.

29. En esta evolución se añadieron y florecieron el derecho al silencio, la asistencia oportuna de abogado defensor, el derecho a la información inmediata sobre los cargos que motivan el procedimiento, las restricciones a la prisión preventiva, las garantías judiciales en la adopción de medidas cautelares o en la práctica de ciertos actos de investigación, el derecho a información sobre asistencia consular en beneficio de enjuiciados extranjeros, el carácter público y oral del proceso, el descrédito de la prueba confesional, para no mencionar sino algunos de los avances que ha llegado a incorporar el debido proceso, desbordando su núcleo original.

30. Habíamos ganado ese terreno, dije, aunque ahora es preciso observar, de nueva cuenta, que ningún progreso es definitivo —la lucha por el derecho, en más de un sentido, es la única divisa posible en este campo— y que se ha iniciado una erosión inquietante de los derechos humanos en el ámbito del proceso. La persistencia de antiguas formas de criminalidad, la aparición de nuevas expresiones de la delincuencia, el asedio del crimen organizado, la extraordinaria virulencia de ciertos delitos de suma gravedad —así, el terrorismo y el narcotráfico—, han determinado una suerte de “exasperación o desesperación” que es mala consejera: sugiere abandonar los progresos y retornar a sistemas o medidas que ya mostraron sus enormes deficiencias éticas y prácticas. En una de sus versiones extremas, este abandono ha generado fenómenos como la “guantanamoización” del proceso penal, últimamente cuestionada por la jurisprudencia de la propia Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos.

31. Con alguna frecuencia se da cabida a prácticas y, peor aún, a normas derogatorias de derechos y garantías en el marco de la lucha contra delitos muy graves que parecen “justificar” este género de retrocesos. Las consecuencias de esto, que desde luego no ha logrado —dicho sea de paso— ni prevenir, ni impedir ni reducir esos delitos, están a la vista en un extenso ámbito de la experiencia procesal contemporánea. No sólo se incorporan disposiciones que construyen, al lado del régimen procesal ordinario, provisto de garantías, un régimen procesal especial o excepcional, desprovisto de ellas, sino también aparece y arraiga, como es obvio, una práctica devastadora que echa mano de todo género de argumentos para “legitimar” las más severas violaciones. Estas, a menudo, quedan en la penumbra; en ocasiones emergen ante los ojos de la opinión pública y de los tribunales, como ha sucedido en el caso a cuya sentencia agrego este *Voto*.

VII. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

32. La idea de una “presunción de inocencia” —o acaso mejor, en beneficio de quienes objetan el carácter “presuncional” de este concepto, de un “principio de inocencia o inculpabilidad”— tiene dos siglos de vida azarosa. Difícilmente habría un principio que guardase mayor congruencia con la justicia penal democrática, que pone a cargo del Estado acusador la comprobación de las imputaciones y del Estado juzgador la decisión sobre éstas. Nuestra Convención Americana acoge el principio: “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (artículo 8.2). La Corte Interamericana ha afirmado en la sentencia del caso *Suárez Rosero*, del 12 de noviembre de 1987, y lo reitera en la sentencia del presente caso, que el principio de presunción de inocencia constituye el fundamento de las garantías judiciales. En efecto, éstas se organizan en torno a la idea de la inocencia, que no bloquea la persecución penal, pero la racionaliza y encauza. La experiencia histórica milita en este sentido.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

33. Este principio se localiza a la cabeza de las disposiciones sobre procesados, en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de 1955: “El acusado gozará de una presunción de inocencia y deberá ser tratado en consecuencia” (regla 84.2). Y el Principio 36 del conjunto destinado a la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de 1988, resuelve: “Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se la tratará como tal mientras no haya sido probada su culpabilidad conforme a derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa”.

34. No pierdo de vista, por supuesto, los escollos que se oponen a la vigencia plena de esta presunción o de este principio. Lo son, incuestionablemente, las muy cuestionadas medidas precautorias en el proceso penal, a la cabeza de ellas la siempre combatida prisión preventiva. Y lo es el hecho mismo de que el enjuiciamiento se construye a partir de una idea de signo contrario: el indicio racional de criminalidad, la probable responsabilidad penal, la presencia de datos que permiten sustentar la participación de cierta persona en determinado delito, y así sucesivamente.

35. Con todo, esa presunción o ese principio representan una referencia de valor supremo para informar la construcción del proceso, resolver las dudas que se plantean en el curso de éste, rescatar las garantías y reducir las injerencias desmedidas. El carácter y la desembocadura de los actos procesales y del proceso en su conjunto son muy diferentes cuando se trata al enjuiciado “como si fuera culpable”, que es un rasgo del sistema inquisitivo, y cuando se le trata “como si fuera inocente”, que lo es del acusatorio. En fin de cuentas, lo que pretende la presunción o el principio de inocencia es excluir el prejuicio —juicio anticipado, general y condenatorio, que se dirige en contra del inculpado, sin miramiento sobre la prueba de los hechos y de la responsabilidad— y ahuyentar la sanción adelantada que se funda en vagas apariencias.

VIII. DETENCIÓN ARBITRARIA

36. En el caso al que se refiere este *Voto* queda a la vista, una vez más, la gran falla en el inicio del procedimiento, o al menos la que con más frecuencia y contundencia victima al inculpado —el “presunto inocente”— y gravita sobre los restantes datos de la persecución que realiza el Estado: la detención arbitraria. No será fácil, a estas alturas, hallar normas que olviden predicar la legalidad de esta medida tan relevante, delicada y devastadora. Se ha querido rodearla de condiciones: que la detención se sustente en la ley, que provenga de autoridad competente, que sea judicial la autoridad ordenadora, que conste por escrito, que se exhiba al detenido. Este catálogo de buenos propósitos, debidamente recogidos por las leyes fundamentales, entra en colisión con la práctica frecuente. Un mal día dos agentes detienen a una persona que circula en su vehículo por la calle de una ciudad. Le dicen que se le necesita para un “control migratorio”. Lo trasladan, sin hacerle saber sus derechos ni los cargos que existen en su contra, a un reclusorio distante seiscientos kilómetros del lugar de su detención. Ahí permanecerá veintiocho meses. Al cabo, se sobreseerá su juicio, aunque sólo provisionalmente.

37. También sobre ese problema alecciona la jurisprudencia de la Corte Interamericana. La mayoría, si no la totalidad de los casos de ejecución extrajudicial, tortura, desaparición forzada, proceso irregular, etcétera, etcétera, se ven precedidos por una detención en la que no se observaron, ni remotamente, las condiciones que la legitiman y que permiten distinguir entre la acción del Estado que se ampara en la Constitución política, y el secuestro de un ciudadano, perpetrado por agentes “de la ley” que imponen su voluntad personal a la voluntad general recogida en la norma.

38. Lejos de ser insólitos, parecen constituir mayoría —o por lo menos son muy numerosos y evidentes— los casos en que aparece la detención arbitraria. A partir de ahí el proceso puede conver-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
 - Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
 - Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
 - Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
 - El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
 - Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales
-

tirse en un laberinto colmado de trampas, que ciertamente no corresponde a la idea del enjuiciamiento —una idea “ética”, además de jurídica— que corre asociada al Estado de Derecho, y que constituye, de hecho, una de sus manifestaciones más elocuentes o una de sus negaciones más reveladoras. La descripción de lo que sucede en ese laberinto persecutorio —como se observa en el caso resuelto por esta sentencia de la Corte Interamericana— evoca con absoluta naturalidad las vicisitudes del inculpado *José K*, a quien Kafka pone a vagar por los vericuetos del proceso, sin saber de qué se trata y a dónde le llevan.

IX. INFORMACIÓN SOBRE LOS CARGOS

39. El desvalimiento en el proceso mismo —que es preciso arbolear todos los días, con paciencia y constancia infinitas— se muestra en el asedio sobre algunos de los derechos y garantías que conforman la versión democrática, civilizada, evolucionada del enjuiciamiento. Uno de ellos es el derecho a la información acerca de los cargos que se lanzan sobre el justiciable, y en los que se sustenta la acción del Estado, información que va de la mano del derecho a la defensa oportuna y al silencio del imputado. No se comprende cómo, a estas alturas, en medio del cúmulo de disposiciones constitucionales, legales y convencionales que acreditan esos derechos, de la jurisprudencia que los reivindica, del discurso político que los proclama, todavía persiste su exclusión sistemática.

40. Lo que debiera ser se halla en el artículo 8.2.b de la Convención Americana: derecho a la “comunicación previa y detallada de la acusación formulada”. Y puntualmente, asimismo, en el principio 10 del mismo conjunto que antes mencioné: “toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella”. Sin embrago, el trecho que separa la norma de los hechos sigue apareciendo con inquietante regularidad en los casos que se someten a la jurisdicción de la Corte Interamericana.

41. Por lo que hace al momento en el que deben actualizarse las garantías de información sobre los cargos y derecho a la defensa, la sentencia emitida por la Corte Interamericana en el caso *Tibi* vuelve a ser explícita: en el momento de la detención y antes de que el inculpado rinda su primera declaración ante la autoridad. No puede ser de otra manera. Ya lo vio así la esclarecedora jurisprudencia norteamericana a partir de la fórmula *Miranda*, tan defendida como combatida, y así lo ha considerado la CorteIDH, en un tema específico, al emitir la Opinión Consultiva OC-16/99. Aquélla, con antecedentes relevantes, proclama: “*The person in custody must, prior to interrogation, be clearly informed that he has the right to remain silent, and that anything he says will be used against him in court; he must be clearly informed that he has the right to consult with a lawyer and to have the lawyer with him during interrogation*”. En estos mismos términos entendió la OC-16/99 el derecho del detenido extranjero a recibir información sobre el derecho que le asiste para procurar y recibir asistencia consular del Estado de su nacionalidad, conforme a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

42. No puede aceptarse otra cosa, si se quiere que los derechos sirvan al fin para el que se les promulga y rindan el efecto que se les asigna, que por supuesto no es la impunidad, sino la justicia. Cuando se dice “antes de la declaración”, se quiere expresar: antes de cualquier declaración ante cualquier autoridad —no sólo el Ministerio Público, no únicamente el tribunal— de la que pueda depender la suerte del enjuiciamiento y, por tanto, del enjuiciado y, en último análisis, de la justicia, que se pone a prueba en cada caso concreto. Es perfectamente sabido que esa primera declaración suele sellar, aunque se diga y pretenda otra cosa, el rumbo del proceso y determinar sus resultados.

X. CONTROL JUDICIAL

43. El Poder Judicial se ha concebido, en esencia, para asegurar el imperio del derecho en las relaciones sociales: las que surgen en-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

tre particulares y las que se desenvuelven entre el poder político y los ciudadanos. Es el “poder garantizador” por excelencia. De ahí que se exijan tantas calidades, e incluso virtudes, a quien ejerce la función judicial —por encima de las que se suelen requerir de los depositarios de otras potestades, entre ellas las representativas—, y de ahí que se prometa a los particulares el acceso a la justicia por medio de tribunales independientes, imparciales y competentes. La intermediación judicial es prenda de esta promesa. El juez instructor, el juez de garantías, el juez de conocimiento tienen, en sustancia, esa función. Así lo espera el justiciable, pendiente de que las manos de la policía o del acusador oficial no sean las únicas que conduzcan su suerte a partir del momento en que surge la controversia penal.

44. Sin embargo, muchas circunstancias militan en contra del cumplimiento de esa promesa inherente al Estado de Derecho y a la seguridad jurídica de los ciudadanos, que creen estar al amparo de éste. Hay que notar el cuidado con que los textos constitucionales e internacionales estipulan que el detenido —cuya captura debiera fundarse en una orden judicial, cuando no hay flagrancia— debe ser presentado cuanto antes al juzgador, y no a otro agente de la autoridad, para que aquél verifique, con toda la autoridad jurídica y ética que le brinda su magisterio de la ley, si se han cumplido las condiciones que legitiman su detención, si ésta debe prolongarse, si se justifica dar los siguientes pasos en el duro camino del proceso.

Cualquier omisión en esa comparecencia impide el acceso a la justicia, desvanece al justiciable, altera el proyecto jurídico del Estado de Derecho, convierte la legalidad en arbitrariedad. En muchos casos —y desde luego en el que motiva la sentencia a la que agreggo mi *Voto* particular— no ha sido así: el inculpado no conoce a su juez, si no hasta bien entrado el proceso; la intermediación no existe; la individualización se enrarece; la publicidad se ausenta. ¿Es justificable que el primer juez que el ciudadano conoce sea el magistrado de una corte internacional, cuando no es ésta, sino la justicia interna, el primer frente —el frente indispensable, decisivo, fundamental: hay que subrayarlo— en la tutela de los derechos subjetivos?

XI. AMPARO

45. El artículo 25 de la Convención Americana instituye una garantía preciosa, que es, en rigor, la “garantía de las garantías”, el “derecho que sirve a todos los derechos”. Esta garantía, este derecho, es la culminación de un sistema tutelar que finalmente deposita sus expectativas en cierto medio de defensa al que todos pueden acudir y que a todos puede satisfacer. Dice ese precepto que “(t)oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces y tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales (...)” También en relación con este punto y a propósito de la sentencia en el presente caso, pero igualmente en un número elevado de casos —en realidad, todos los que llegan al conocimiento de la Corte Interamericana—, es preciso preguntarse por la “efectividad del recurso efectivo”, por la sencillez y la rapidez que lo caracterizan en los términos estrictos y suficientes de la Convención, que no va mucho más lejos del punto al que llegan muchas constituciones nacionales.

46. El recurso provisto ¿es, de veras, “efectivo”, en el sentido de que permita la defensa real de los derechos fundamentales, en todo tiempo y circunstancia? ¿Es, de veras, “sencillo”, porque pueda ser conocido, entendido, empleado por cualquier ciudadano —pues se instituye para proteger a cualquier ciudadano— que necesita esa protección? ¿Es, de veras, “rápido”, en el sentido de que asegure en brevísimo tiempo, no sólo al cabo de los meses o los años, la preservación de un derecho cuya tutela no admite demora, so pena de causar al titular daños severos e irreparables? ¿Se ha construido un sistema de recursos eficaz, remontando complejidades innecesarias, tecnicismos inútiles, obstáculos improcedentes? No lo acredita así el panorama que la Corte suele tener a la vista, como se deduce de las frecuentes declaraciones sobre violación del artículo 25. La observancia de éste sustraería a la justicia internacional la gran mayoría de los asuntos que llegan a su conocimiento.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
 - Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
 - Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
 - Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
 - El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
 - Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales
-

XII. LA DEFENSA

47. La defensa del inculpado sigue en predicamento. No hay, que yo sepa, ordenamiento nacional que no estipule el derecho de aquél a la defensa frente a los cargos que se le imputan, así como el derecho de contar con defensor que lo asista en el difícil trance del enjuiciamiento, cuando están en juego sus bienes más apreciados. Este es, inclusive, un personaje que concurre a integrar, como se ha dicho, la personalidad procesal del inculpado. Pero son abundantes los casos expuestos ante la Corte (y hay otros, millares, que aguardan turno: no de llegar al tribunal interamericano, sino de verse beneficiados, a través de los ordenamientos y las jurisdicciones nacionales, por los progresos que acogen los instrumentos internacionales) en los que esa defensa no ha existido en absoluto, o ha sido nominal: distante y ajena al inculpado, inactiva, indiferente, o ha carecido de oportunidad verdadera y facilidades genuinas para cumplir la misión que se reconoce, pero no se favorece.

48. La reforma del proceso, que se sustente en los requerimientos de las Constituciones nacionales y de los instrumentos internacionales y provea el pleno acceso a la justicia, debe montar un sistema de defensa verdadera y eficiente que batalle por los derechos del inculpado, con la misma constancia y consistencia con que recomienda Ihering la lucha por el derecho. ¿De qué sirve, si no, este auxiliar del inculpado, que también lo es, en el mejor sentido, de la justicia? Esto insta a emprender la marcha hacia nuevos medios de garantizar el acceso a la justicia. Difícilmente podría bastar la tradicional defensoría de oficio, que suele enfrentar una enorme carga de asuntos y cuyos funcionarios no siempre tienen —o rara vez tienen— las condiciones de trabajo que les permitan atender con eficacia su encomienda. En diversos casos planteados a la Corte Interamericana han quedado de manifiesto los problemas que enfrenta la defensa pública.

49. Tener defensor nombrado no es contar, ya, con defensa en el

enjuiciamiento. Esto se ha observado, con gran frecuencia, en los procesos ante esta Corte. Si no se trata, pues, de cualquier defensa —nominal—, sino de una verdadera defensa —como verdadera debiera ser la satisfacción de cualquier derecho humano—, es preciso convenir sus rasgos característicos, que demandarían independencia, suficiencia, competencia, gratuidad, plenitud y oportunidad, y proveer los medios para que la haya. De lo contrario, la tutela de los derechos humanos del procesado tropezará una y otra vez con las deficiencias de la defensa, que se traducen, en fin de cuentas, en violación del derecho mal disimuladas por un ejercicio aparente, que no resiste el menor análisis.

XIII. PRUEBA SUFICIENTE

50. Otro punto que se halla a la vista en la sentencia a la que agrego este *Voto* es lo que pudiéramos llamar “prueba suficiente”. No confundo la suficiencia probatoria para una orden de captura y para una sentencia definitiva, respectivamente. Es obvio que hay diferencia. Sin embargo, todos los actos que suponen ejercicio del poder del Estado y restricción procesal y/o penal de la libertad deben sustentarse en una “prueba suficiente”. Ni se puede actuar sin prueba alguna, ni se debe hacerlo con prueba deleznable. La ley procesal debe poner el acento en este extremo, considerando que, en puridad, el proceso constituye un cauce probatorio y sus resultados dependen de la colección, admisión y valoración de pruebas. No podría existir asunto más delicado para la reflexión del legislador y el desempeño del magistrado.

51. Alguna vez la confesión —cuyo crédito excesivo propicia la tortura: ya se mira en el presente caso— fue vista como “reina de las pruebas”. Ya no es así, por fortuna. Pero ahora algunos ordenamientos —o algunas prácticas investigadoras y procesales— han llenado ese nicho con la devoción hacia la declaración del cómplice, del compañero en el camino del delito, del delator que pretende exonerarse de responsabilidad o eximirse de pena arrojando aquélla u

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
- Debido proceso
- Presunción de inocencia
- Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
- Control judicial
- Amparo
- Defensa
- Prueba suficiente
- Plazo razonable
- Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
- Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
- Cargas fiscales

orientando ésta sobre un tercero, que puede ser culpable o inocente. Debiera extenderse la convicción, convertida en norma, de que es insuficiente el testimonio del codelincuente, por sí mismo.

52. El artículo 108 del Código de Procedimiento Penal vigente en el Estado cuando ocurrieron los hechos, señala que “en ningún caso el juez admitirá como testigos a los coacusados”. La norma pudiera resultar extremosa, pero pone de manifiesto una preocupación plausible. En el caso sujeto a examen, la declaración —aparentemente forzada— de un hipotético copartícipe en el delito, que además resultó ser testigo singular y único medio de “convicción”, sin apoyo alguno en otros instrumentos de prueba, determinó el procesamiento y la reclusión prolongada del imputado, contra la lógica e incluso contra la norma vigente al momento de los hechos sometidos a la Corte Interamericana. Procesamiento y reclusión infundados, como se vería al cabo de los años.

XIV. PLAZO RAZONABLE

53. El tema del plazo razonable surge también en este caso, como se ha manifestado en muchos otros. Constituye, por cierto, una de las cuestiones más frecuentemente examinadas por la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. En ella se aborda el espinoso problema de la duración de la prisión preventiva, amén de la duración misma del proceso en su conjunto. Justicia retardada, dice el sabido aforismo, es justicia denegada. Y más todavía cuando quien aguarda esa justicia, que avanza con reticencia y llega muy tarde, se halla privado de su libertad; peor todavía si la privación es arbitraria.

54. La Corte Interamericana, recogiendo la doctrina de la Corte Europea, ha insistido en los elementos a considerar para establecer, en un caso concreto, que hubo demora inaceptable, esto es, que no se observó la regla del plazo razonable: complejidad del asunto, actividad procesal del interesado y conducta del tribunal

(o bien, de quien conduce el procedimiento, porque este punto puede examinarse más allá del enjuiciamiento penal: siempre que se desarrolle un proceso para resolver sobre derechos negados, pretendidos o dudosos).

55. En el presente caso se ha estudiado el *dies a quoy* el *dies ad quem* del enjuiciamiento para los fines del plazo razonable. Se suele decir que el procedimiento comienza cuando se formula la acusación y concluye cuando existe sentencia definitiva, y que el tiempo que media entre ambos momentos, con sus actos característicos, se halla sujeto a medición bajo el concepto del plazo razonable. En principio, esta precisión puede ser orientadora e inclusive suficiente. Sin embargo, es preciso examinar, para llegar a conclusiones que verdaderamente respondan a la preocupación que se halla en la base del plazo razonable, las características de cada enjuiciamiento nacional. El panorama no es homogéneo. Por ello, sugiere soluciones distintas, todas atentas a resolver la necesidad de que el tiempo de sumisión del individuo a un procedimiento penal —que es tiempo de reducción, compresión, suspensión de derechos, aunque se alegue, con tecnicismos, otra cosa— sea de veras el menor posible, precisamente para que no domine la incertidumbre ni se afecten, un punto más allá de lo estrictamente indispensable, los derechos del sujeto.

56. Decir que el plazo razonable corre a partir de que se detiene al inculpado no conduce a una solución satisfactoria para todos los casos. En realidad, es posible que antes de ese momento se haya desenvuelto un procedimiento indagatorio, e incluso judicial, de larga duración. Durante éste, hubo ya presión sobre el sujeto y opresión de sus derechos. La legalidad que ampare esta conducta del Estado no legitima por sí misma —valga la expresión— el exceso que pudiera resultar de una demora extrema en resolver lo que corresponda a esa etapa inicial del enjuiciamiento. De ahí la bondad de algunas legislaciones que han estatuido cierto plazo —que puede ser más o menos amplio— para agotar una investi-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

gación y resolver si se recurre al juez, cuando la instrucción ha corrido en manos del Ministerio Público, o al tribunal de conocimiento, cuando aquella estuvo en las del juez instructor.

57. También es posible que el proceso se desarrolle sin que el inculpado quede sujeto a prisión preventiva, sea porque éste reciba el beneficio de la libertad provisional, sea porque la ley excluya de entrada, en su caso, la aplicación de la medida cautelar restrictiva de la libertad. Pero ni siquiera en estas hipótesis es admisible una duración desmesurada del enjuiciamiento, aunque no exista, mientras éste culmina, el agobio de la prisión preventiva sobre los hombros de ese “presunto inocente” que es el enjuiciado.

58. Igualmente hay que poner atención en los supuestos —como se mira en el presente caso— en que el proceso queda en una especie de “limbo” a plazo fijo, no se diga en aquellos otros en que el enjuiciamiento se suspende —sea en la etapa de instrucción, sea en la de juicio— por tiempo indefinido, que sólo concluye cuando opera la prescripción, que es posible interrumpir, sin embargo, mediante actos que sólo pretenden este resultado. No siempre se trata de la antigua absolución de la instancia, generalmente reprobada, sino de una especie de “nueva oportunidad” de investigación que tiene el efecto de una espada de Damocles sobre el justiciable.

59. La figura del sobreseimiento temporal o provisional, de suyo discutible, debiera preverse y utilizarse con gran mesura, y yo agregaría que también con gran reserva o reticencia. Este paréntesis de indefinición jurídica sirve mal a la justicia. El Estado debe llevar adelante, con rigor y escrúpulo, la investigación que permite la apertura de un proceso, y no confiar en que habrá siempre una “segunda oportunidad” para reparar los errores, vacíos o deficiencias de la investigación inicial, y que mientras esa oportunidad llega y se aprovecha —si es que acude y en efecto se utiliza— la seguridad queda en suspenso y entra en vacaciones la justicia.

60. Igualmente hay que revisar el *dies ad quem*. Decimos que la medición del plazo razonable llega hasta la sentencia definitiva. Bien, pero sólo en principio. Es preciso tomar en cuenta, en la métrica de ese plazo, la segunda instancia, cuando la haya, que suele consumir algunos meses, y en ocasiones algunos años. ¿No sería mejor optar, en consecuencia, por la sentencia firme, que es la definitiva que ya no puede ser impugnada mediante recursos ordinarios? Por supuesto, estas mediciones deben practicarse a la luz del caso concreto y con atención a los elementos que la jurisprudencia europea ha perfilado y la interamericana ha adoptado, que anteriormente mencioné: complejidad del asunto, estrategia del interesado, comportamiento del tribunal.

XV. PRISIÓN PREVENTIVA

61. Cada vez que la Corte Interamericana examina asuntos como el correspondiente al caso *Tibi*, surge el problema de la prisión preventiva. Desde luego, puede suscitarse a propósito del plazo razonable, que en tales supuestos debiera ser particularmente estricto y estrecho, pero también en torno a la justificación misma de esta privación cautelar de la libertad. Beccaria la consideró como pena que se anticipa a la sentencia, expresión que denuncia la extraña naturaleza de la preventiva y su discutible justificación. Si ésta se funda solamente en motivos prácticos (que arraigan en la impotencia de la justicia para encontrar un sucedáneo que al mismo tiempo asegure la marcha del proceso y la seguridad de los participantes en éste, y ponga de nuevo a flote la presunción de inocencia), es obvia la necesidad de contraerla y contenerla: que sea, de veras, excepción y no regla.

62. Pese al consenso doctrinal y a la oratoria política sobre la indispensable reducción de la prisión preventiva —que constituiría otra manifestación del carácter “mínimo” del sistema penal en una sociedad democrática, ya no sólo en orden a los tipos y las penas, sino también a los instrumentos del proceso—, la realidad ha insta-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
 - Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
 - Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
 - Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
 - El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
 - Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales
-

lado otra cosa. En nuestros países se prodiga la prisión preventiva, asociada a sistemas de enjuiciamiento que propician la lentitud del proceso. Es muy elevado el número de los presos sin condena, como lo ha puesto de relieve el Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), con sede en San José, Costa Rica, al igual que la Corte Interamericana. Una buena parte del esfuerzo por llevar adelante la reforma del enjuiciamiento penal —no, por cierto, una “reforma de pizarrón”, que funciona en el salón de clases y en el seminario, pero no en la realidad indócil— debiera tener como objetivo la disminución drástica de este ejército de inculpados —es decir, “presuntos inocentes”— que pueblan las cárceles en número mayor, a menudo, que el de sus compañeros de cautiverio ya sentenciados.

63. La referencia a esta medida permite ir adelante en el examen de otros temas que sobresalen en el conjunto de los hechos y, desde luego, en el texto de la sentencia del caso Tibi. La prisión fue, primero, instrumento de retención en tanto se desarrollaba el proceso y se dictaba sentencia. A esa etapa corresponden las conocidas caracterizaciones de Ulpiano, las Siete Partidas y el propio Beccaria, que ya invoqué: tratábase de asegurar al acusado, no de castigarlo, mientras se desarrollaba el juicio y sobrevénía la sentencia. Por supuesto, el cauteloso y piadoso designio se vio siempre contradicho por la realidad: cárcel es cárcel, por encima de cualquier deslinde técnico.

XVI. EL ESTADO DE LAS PRISIONES

64. No obstante la copiosa literatura formada en torno a la privación oficial de la libertad, quedan a la vista, con todos sus problemas evidentes, las cuestiones más inquietantes que han persistido a lo largo de la historia, una larga historia, de este medio de cautela y punición. Literatura que no sólo comprende los relatos de los presos y los testigos del cautiverio, las inquisiciones de los criminólogos y penitenciaristas, las interpretaciones de los críticos, sino también, y con particular exuberancia, las intenciones explícitas en

proyectos y programas de gobierno, así como en normas copiosas y minuciosas: desde leyes constitucionales hasta circulares, bandos y reglamentos que anuncian una de las empresas mayormente pregonadas y menos cumplidas: la reforma penitenciaria. Una reforma que vaya más allá de las declaraciones y las disposiciones y se interne, como debe y se espera de ella, en los pasadizos de las cárceles, en las crujiás, en las celdas y los calabozos que siguen poblando y caracterizando, pese a todo, la geografía de las prisiones.

65. A partir de los congresos penales y penitenciarios del siglo XIX y de los afanes del siglo XX, entre ellos los patrocinados por la Organización de las Naciones Unidas, se han multiplicado las recomendaciones, declaraciones, normas, principios y programas destinados a mejorar el sistema de reclusión preventiva o penitenciaria, para menores de edad o para adultos. El Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955) expidió hace medio siglo un conjunto de reglas —que *supra* mencioné— que han sido muy orientadoras. En ellas se reunían las dos corrientes en boga, una humanitaria, que proviene del Derecho clásico —el espacio de los reformadores—; la otra terapéutica o finalista, que tuvo su origen en las mejores ideas sobre defensa social, sin deslizarse en el “peligroso peligrosismo”. Después acudieron otros documentos que consolidan, en la letra, los “estándares” del trato y tratamiento del recluso: por ejemplo, el mencionado Conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, de Naciones Unidas, del 9 de diciembre de 1988, y los Principios básicos para el tratamiento de los reclusos, de Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1990. Si esos son los estándares, que nadie repudia —dejando a salvo, por supuesto, las impugnaciones frontales contra el Derecho penal y la prisión misma—, ¿cuál ha sido su recepción en la realidad de las prisiones?

66. La prisión es, finalmente —menos que la pena capital, pero eso depende de las circunstancias en que cada una opera, especí-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

ficamente, en el doble plano de la previsión y la ejecución—, un hecho de fuerza extrema del Estado sobre un ciudadano, que se legitima en función de ciertas condiciones que la hacen inevitable —mejor que deseable o plausible— y que constituyen, al mismo tiempo, sus fronteras estrictas. De ahí que las medidas precautorias o penales que implican privación de libertad deban atenerse, con gran rigor, a las exigencias de la legalidad, la necesidad y la proporcionalidad. Esto debe regir a todo lo largo de la función persecutoria del Estado: desde la conminación penal (Derecho sustantivo, previsión de punibilidades) y la concreción procesal (Derecho adjetivo, disposición de medidas precautorias) hasta la ejecución de las sanciones (Derecho ejecutivo, individualización final de las consecuencias jurídicas ordenadas en la sentencia de condena o en la porción condenatoria de una sentencia que abarca declaración y condena).

67. Es inaceptable una privación de libertad que no se halle dispuesta precisamente en la ley —entendida ésta como lo ha hecho la Corte en la Opinión Consultiva *OC-6/86*, relativa a “La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 9 de mayo de 1986—, que no sea verdaderamente necesaria y que resulte desproporcionada con respecto al hecho ilícito: sanción capital o reclusión perpetua por delitos de bagatela, exceso ampliamente documentado en la experiencia histórica y no desconocido en la experiencia actual. Esa moderación radical de la violencia que ejerce el Estado se proyecta sobre las condiciones de cumplimiento de las precauciones procesales y de la ejecución de penas. La Corte lo ha sostenido en diversas oportunidades.

68. Esta moderación —en rigor, racionalidad— en el empleo de la fuerza que entrañan las medidas sobre la libertad del sujeto abarca medidas provisionales, como las previstas en la resolución del 13 de septiembre de 1996, en el caso *Loayza Tamayo*. La descripción que entonces se hizo sigue mostrando las condiciones en

que se hallan los detenidos en muchas prisiones. En la especie, la inculpada —señaló dicha resolución— “se encuentra sometida a un régimen de vida inhumana y degradante, derivada de su incomunicación y de encontrarse encerrada durante 23 horas y media del día, en una celda húmeda y fría, de 2 metros por 3 metros aproximadamente, sin ventilación directa, donde hay tarimas de cemento, una letrina y un lavatorio de manos (...) La celda no tiene iluminación directa; la luz llega en forma tenue e indirecta por los tubos fluorescentes de los pasillos. No le está permitido contar con radio, ni con diarios ni revistas. Sólo está autorizada a tomar sol durante 20 o 30 minutos cada día”.

69. Desde luego, la moderación alcanza todo el curso de la reclusión, e incluso los actos que pudieran tener como objetivo la prevención o sanción de conductas ilícitas o la reducción de la resistencia a la autoridad. En este último orden de cosas, son muy significativas las sentencias de la Corte en los casos *Neira Alegría y Durán y Ugarte*, por lo que toca a la contención de un motín de presos a través del empleo arrasador de explosivos, que determinó la muerte de decenas de reclusos.

70. Es indispensable que en esta hora de balance sobre la situación de los derechos humanos en América, a cincuenta y cinco años de la fecha en que se emitió la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, treinta y cinco de que se suscribió la Convención Americana y veinticinco de que se instaló la Corte Interamericana, tomemos nota de los horrores que subsisten en un gran número de prisiones, con flagrante violación de los más elementales derechos reconocidos a los reclusos. En este punto resulta particularmente llamativa y evidente esa condición de desvalimiento, exposición, vulnerabilidad a la que me referí cuando mencioné, líneas arriba, el espacio crítico para los derechos humanos que la justicia penal instala, y la gigantesca deuda que tiene, en este campo, el Estado “garante”. Apenas hemos caminado un trecho modesto a partir de las denuncias de Howard, que

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

mantienen vigencia a dos siglos y muchos años de que el filántropo inglés las documentara en un par de obras admirables.

71. En varias resoluciones de la Corte Interamericana —tanto medidas provisionales como sentencias de fondo y reparaciones— ha quedado de manifiesto el estado real de las cárceles, el maltrato absoluto de los reclusos, la irracionalidad de los castigos que se infligen muros adentro, la impreparación y sevicia de los custodios, la impunidad de los culpables. Esto se prueba. Se expiden las condenas. Y nada pasa, u ocurre muy poco. Esta situación no sólo contraviene los compromisos contraídos por la suscripción de los instrumentos internacionales correspondientes y las obligaciones de suprimir obstáculos y adoptar medidas de Derecho interno —normativas, sí, pero también prácticas y efectivas en consonancia con aquéllas—, en los términos de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, sino constituye además una fuente de problemas muy graves. Las prisiones constituyen, como se ha dicho, “bombas de tiempo” que pueden explotar en cualquier momento. Esas explosiones son cada vez son más frecuentes o más visibles.

72. Los estudiosos del sistema penal y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, que acuden a ésta cuando se trata de llevar el pulso de las violaciones, formular el diagnóstico y emprender las correcciones, pueden hacer el censo completo de los males carcelarios a partir de los elementos que suministran los casos contenciosos y las opiniones consultivas. Estos llegan a sumarse a la obra intentada por los tribunales constitucionales internos, que con tardanza se animaron a aplicar a las cárceles, los presos y los custodios la revisión constitucional de la que no debiera quedar exenta ninguna función pública, ni extraído ningún agente del Estado; y al esfuerzo, todavía aislado, fragmentario e insuficiente que han desplegado los tribunales de ejecución de sanciones, que incorporan el principio de legalidad a este ámbito generalmente oscuro, en el que los ejecutores eran señores de vida y hacienda y los ejecutados “cosas de la administración”.

73. Sólo por lo que toca a meses recientes, e incluso al período de sesiones en el que se adoptó la sentencia del caso *Tibi*, habría que recordar, como arriba lo hice, las medidas provisionales dictadas a propósito de la prisión de *Urso Branco*, en la que han perdido la vida, con gran violencia, decenas de reclusos, o estudiar las circunstancias en que vivieron y murieron niños y jóvenes en el *Instituto de Reeducación del Menor “Panchito López”*. No hay en las denuncias de Howard, y difícilmente los hay en otras revelaciones carcelarias, sucesos más violentos y reprobables que los mostrados en esas “instituciones”, nominalmente dispuestas para la readaptación social —es la leyenda— de los internos. Si esa es la situación de las prisiones —no digo, por supuesto, que de todas—, ha llegado la hora, o mejor dicho, hace mucho llegó la hora de llevar adelante la tarea que esto aconseja: reforma inmediata, profunda, constante, rigurosa, mientras viene el momento —que parece distante— en el que la prisión, que alguna vez fue recibida con esperanza, ceda el sitio a otras medidas más racionales y provechosas.

74. No hay que ir demasiado lejos en la colección de pruebas para exponer las violaciones que con mayor frecuencia ocurren en las prisiones. Obviamente, no se trata apenas de cierta cárcel en un país determinado. Esto sucede, a ojos vistas, en diversos países —no sólo de nuestro Continente, es obvio— y en múltiples reclusorios, que han contribuido al descrédito de la prisión preventiva, de suyo cuestionable, como ya se dijo, y de la pena privativa de libertad, que es, sin embargo, la reacción penal más frecuentemente invocada, prevista y utilizada en algunos lugares. En ésta se ponen demasiadas expectativas, sin motivo que las sustente.

75. La realidad de las prisiones —hay que insistir en el abismo que separa esa realidad del ideal proclamado en los estándares nacionales e internacionales— dista mucho de corresponder a la que existiría si los Estados cumplieran rigurosamente el cometido que les reconoce, por ejemplo, la sentencia de la Corte Europea en el caso *Kudla v. Poland*, citado en la sentencia a la que acompaño este *Voto*:

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

“el Estado debe asegurar que una persona esté detenida en condiciones que sean compatibles con el respeto a su dignidad humana, que la manera y el método de ejercer la medida no le someta a angustia o dificultad que exceda el nivel inevitable de sufrimiento intrínseco a la detención, y que, dadas las exigencias prácticas del encarcelamiento, su salud y bienestar estén asegurados adecuadamente, brindándole, entre otras cosas, la asistencia médica requerida”.

76. La creciente admisión de la preventiva, por una parte, y el empleo excesivo de la prisión punitiva, por la otra, han determinado la sobrepoblación de las prisiones, que es, a su turno, otra fuente de violaciones. En estas naufraga una de las reglas elementales de la clasificación carcelaria, constantemente proclamada: separación entre procesados —“presuntos inocentes” y sentenciados —“culpables declarados”. En el caso que ahora se examina este problema queda de manifiesto, como lo está igualmente, en algunos otros, la promiscuidad subsistente entre adultos y menores de edad, contra todas las recomendaciones y las normas. Un perito que informa a la Corte sobre este caso sostiene —en una descripción que acomoda a muchas prisiones de no pocos países de nuestra América— que “la prolongada penalización previa a la sentencia constituye en la actualidad el más grave problema del sistema de justicia penal” en el Estado.

77. Entre las prisiones clásicas, celulares y sombrías, y las cárceles promiscuas, bulliciosas, hay una gran distancia, pero ambas son devastadoras para el recluso. Lo destruye el encierro celular que censuró Silvio Pellico, y también la promiscuidad indeseable, que narró Dostoiewsky. Ya Mateo Alemán, en su “Guzmán de Alfarache”, había descrito la bulliciosa, henchida prisión de Sevilla: “república confusa, infierno breve, muerte larga, puente de suspiros, valle de lágrimas, casa de locos donde cada uno grita y trata de sola su locura”. En la Penitenciaría del Litoral —que no constituye un abismo insólito en el paisaje de las prisiones— había un espacio de ciento veinte metros cuadrados, denominado “cuarentena”, en el

que había “trescientos internos que duermen en el suelo”, declara un perito. En el caso que ahora nos ocupa, esa prisión promiscua, sin asomo de clasificación —a despecho de leyes fundamentales y normas internacionales— ejerció su potencia demoledora.

78. La declaración de la víctima es elocuente y no aparece contradicha por otros datos en el proceso ante la Corte Interamericana. Los descargos se refirieron a diversos aspectos del caso, no a las condiciones carcelarias en la llamada Penitenciaría del Litoral. “Una noche en (ésta) —refiere el detenido— es como un infierno. Un ser humano normal no puede resistirla. Quienes no tenían celdas pasaban el tiempo en los pasillos, escalando las paredes, pasando de un pabellón a otro y tratando de robar a través de las rejas de las celdas. Se introducían también en los pabellones para fumar crack. En esa cárcel se podía comprar todo, había negocio de drogas, cocaína, alcohol y armas. La gente andaba armada”. Sorprende y admira que la compañera del inculpado, llevando a la menor hija de ambas, tuviera la presencia de ánimo para permanecer al lado de aquél, los fines de semana, en la Penitenciaría del Litoral. Setenta y cuatro visitas le hizo, que debieron ser otras tantas jornadas de angustia.

79. Este caso y otros muchos se hallan documentados, a lo largo y ancho del mundo contemporáneo, por una literatura y una filmografía que dan cuenta de los peores aspectos de este “género negro”. En el juicio al que corresponde la sentencia del 7 de septiembre de 2004 se ha mencionado una crónica que lleva el expresivo título *Midnight Express en Equateur*. Algo de lo que ahí sucede tiene que ver con el principio 1 —nunca mejor numerado un principio, rector de los restantes— del conjunto al que me he referido anteriormente, que puntualiza: “Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

80. Las privaciones cautelar y penal de la libertad se vuelcan sobre múltiples derechos del recluso, e incluso sobre los derechos

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

de terceros ajenos al delito, relacionados con aquél por el amor o la dependencia. Es inevitable, mientras la prisión exista. Pero habría que volver sobre las disposiciones y la doctrina penitenciarias, y lograr que la afectación sea la mínima posible en ambas hipótesis. Empero, en muchos casos las condiciones en que se dispone y practica el encarcelamiento se hallan muy lejos de propiciar esa “minimización” en el conjunto de las afectaciones, que sería una consecuencia natural y razonable del empleo restringido del aparato penal. Sucede que la severidad excesiva y las restricciones improcedentes pueden mejorar la suerte de quienes tienen a su cargo la investigación o la custodia del inculcado. Esto abre el panorama de las corruptelas en la persecución de los delitos. Hay reclusorios en los que todo tiene precio —exactamente como en la época de Howard, cronológicamente remota, pero en realidad muy cercana— y el recluso se debe ingeniar para salir adelante.

81. Vistas las prisiones a través del caso *Tibi*, que es sólo un observatorio entre millares, no un caso excepcional, insólito, es debido inquirir sobre las “razones” —permítase la expresión— para que la prisión, que es un encierro completo, en condiciones perfectamente controladas o por lo menos controlables, implique, paradójicamente, la máxima inseguridad de los reclusos, expuestos en todo momento a perder la vida o ver su integridad severamente afectada —como quedó de manifiesto en los informes sobre *Urso Branco*—; o la pérdida de la salud, como ha sucedido en este caso; o la falta absoluta de condiciones de trabajo, a pesar de que se ha declamado siempre y dondequiera acerca de la virtud terapéutica, redentora, readaptadora del trabajo. ¿No forman parte esos tres extremos —seguridad, salud y trabajo— de la imagen apetecida para la prisión moderna?

XVII. TUTELA DE LA POSESIÓN

82. La sentencia en el caso *Tibi* avanza en la interpretación del artículo 21 de la Convención Americana, que se refiere, si se asocia al artículo 1.2 del mismo instrumento, a la propiedad de las personas

físicas, es decir, de los individuos. Este es el ámbito de protección subjetiva de la Convención Americana. Ahora bien, esta tutela de un derecho individual se puede ejercer en forma inmediata y directa, por lo que toca al dominio que la persona tiene sobre bienes exclusivamente suyos, o de manera mediata e indirecta, en lo que atañe a la participación que ostenta en un patrimonio colectivo, que absorbe —pero no elimina, en absoluto— su derecho sobre bienes o valores, aunque éste se ejerza de una manera también indirecta. Esto se observa en diversos casos resueltos por la Corte Interamericana, cada uno con sus propias características y en su contexto específico: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni*, relativo a derechos colectivos de comunidades indígenas, cuyo patrimonio, integrado y gobernado por un orden jurídico ancestral y específico, entraña derechos de personas físicas sujetas a la tutela de la Convención Americana, e *Ivcher*, referente a derechos de un particular, cuyo dominio corre en el cauce del ordenamiento societario mercantil.

83. La Corte estima ahora, a la luz de un caso que obliga a la interpretación del artículo 21, que éste protege derechos reales o formas de control legítimo sobre bienes incorporados en el amplio marco del patrimonio de la persona. No es posible desconocer —por el contrario, es necesario reconocer— la heterogénea integración de ese patrimonio individual, que no sólo se compone con el derecho real de propiedad sobre bienes legalmente susceptibles de ella y titulados en consecuencia, sino también por los que alguna vez se denominó “desprendimientos de la propiedad” —uso, usufructo, habitación— y por otras manifestaciones de la tenencia legítima que la ley común protege de manera semejante a la propiedad.

84. ¿Quedarían excluidos de la protección del artículo 21 los derechos del miembro de una comunidad indígena o de un grupo ejidal, que no son propietarios, en sentido estricto, pero son titulares de ciertas facultades sobre la tierra con que se ha dotado a la comunidad o al ejido, y sobre los productos de ésta? No, cierta-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

mente. Así lo entendió la Corte en el caso *Mayagna Awas Tingni*. ¿Se hallarían excluidos de esa protección los derechos que el individuo tiene con respecto a la sociedad comercial que es, a su turno, propietaria de cierto bien? Tampoco. Y así lo sostuvo la Corte en el caso *Ivcher*. Lo mismo se puede decir de la posesión legítima, que es, por cierto, la forma en la que un gran número de personas ejercen, en nuestros países, determinados derechos sobre bienes muebles e inmuebles. En el caso *Tibi*, la Corte ha tenido a la vista el dato inequívoco de la posesión no controvertida, que por sí misma merecería la tutela que la Convención despliega sobre el derecho del ser humano al patrimonio, así como el alegato de propiedad esgrimido por el poseedor de los bienes, y en todo caso la orden judicial de entrega de éstos. Otra cosa será que se pueda, por un medio diferente, cuestionar la legítima posesión de bienes o la perfección del acto jurídico del que deriva la propiedad.

XVII. PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y PROYECTO DE VIDA

85. En el caso *Loayza Tamayo*, la Corte emprendió el examen de un tema que aún requiere elaboración y consolidación: el proyecto de vida. Se trata de más que las oportunidades, *chances*, expectativas. Está vinculado, como se dijo en ese caso, con metas razonables, esperanzas fundadas, proyectos accesibles, que constituyen, en su conjunto, el derrotero para el desarrollo de la persona, deliberado y factible, a partir de ciertas condiciones que lo apoyan y justifican. Agréguese la posibilidad de que exista una decisión concreta por parte del titular de los derechos afectados, decisión sustentada en aquellos elementos, y no apenas en suposiciones, presunciones o inferencias del observador externo.

86. Todo ello parecía existir en el caso que nos ocupa. Se había construido un proyecto e iniciado su realización. Aparentemente, todas las circunstancias le eran propicias. Tenía que ver con la vida personal, la comunidad familiar, la actividad laboral, el lugar donde todo esto se desarrollaba y desarrollaría, así como con

las decisiones adoptadas por los miembros adultos de la familia. Y todo esto quedó destruido, de un solo golpe y con quebranto de muchas vidas, a partir de los hechos violatorios de la Convención de los que ha conocido la Corte Interamericana. Se produjo la destrucción de ese proyecto y la aparición de otro curso de vida, no deseado. Esto se ha tomado en cuenta al resolver sobre las reparaciones, que no tienen la virtud, sin embargo, de reponer dicho proyecto. Esto último, que sería deseable, no es factible en el marco del presente caso.

87. Lo anterior mueve a la reflexión acerca del derecho expresa el artículo 17 de la Convención y sobre el que vuelve el Protocolo de San Salvador a través del artículo 13: protección a la familia. La violación del artículo 17 no fue mencionada en la demanda de la Comisión Interamericana, sino en la intervención de los representantes de la presunta víctima. Este planteamiento no trajo a cuentas hechos diferentes de los recogidos en la demanda, sino la posibilidad de que los mencionados en ésta pudieran constituir violaciones a preceptos no invocados en ella. La Corte ha aceptado la pertinencia de considerar estas alegaciones, en ejercicio del principio *jura novit curia*. La restricción de conocimiento sobre los hechos, propia del sistema acusatorio —que es el adoptado en el enjuiciamiento internacional sobre derechos humanos—, no evita que, una vez planteados y acreditados aquéllos, el tribunal formule las valoraciones jurídicas que resulten pertinentes a la luz de las normas contenidas en la Convención Americana.

88. El primer párrafo del artículo 17 expresa, como supuesto, que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad”, y señala que aquélla “debe ser protegida por la sociedad y el Estado”, que son las dos instancias a las que se extiende el imperativo contenido en ese precepto. Por su parte, el artículo 1.1 asegura a las personas el respeto y la garantía de los derechos reconocidos en la Convención, en la inteligencia de que, para los efectos de ésta, “persona es todo ser humano (artículo 1.2).

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
- Prueba suficiente
- Plazo razonable
- Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

89. En consecuencia, el Estado se halla obligado a i) crear las condiciones para que la familia cuente con el reconocimiento y la protección que es debido otorgarle, en general, a efecto de acreditar y consolidar el carácter que posee como “elemento natural y fundamental de la sociedad”; y ii) respetar y proteger los derechos que tienen los individuos que integren o pretendan integrar la familia, derechos que deben analizarse, en la especie, por la conexión que guarden con las mencionadas referencias acerca del agregado familiar. Tales derechos se verían afectados en diversas hipótesis: por ejemplo —y sólo por ejemplo—, si el Estado actuara en forma inconsecuente con el reconocimiento de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad”, impidiera la constitución de aquélla o violentara los derechos que enuncia el artículo 17 en los párrafos restantes.

90. El artículo 17 de la Convención menciona el origen matrimonial de la familia y erige, a partir de ahí, ciertas protecciones para sus integrantes. El artículo 13 del Protocolo de San Salvador, suscrito dos décadas después del Pacto de San José, ya no se refiere a ese acto jurídico fundador de la familia, al que tampoco alude, por cierto, el artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Es evidente que el matrimonio, como contrato o institución del Derecho civil, no constituye —y menos aún en muchos países americanos— la única forma de formar una familia. El Derecho familiar moderno ha girado apreciablemente en el sentido que la libertad, la equidad y la realidad imponen. Estas otras formas de integrar la unión doméstica, producto de la libre decisión de las personas, merecen el respeto y la salvaguarda de la ley y de las instituciones, como lo acredita el Derecho comparado.

91. En el caso al que se refiere la sentencia de la Corte Interamericana, a la que acompaño este *Voto*, los hechos violatorios afectaron severamente al señor Tibi y a la señora Baruet, así como a la hija de ambos y a los hijos de la señora, que vivían con la pareja y

concurrían a integrar la unidad familiar en la forma que habían resuelto, libremente, sus integrantes adultos. La afectación pudo influir, al lado de otras causas —que no corresponde al Tribunal analizar—, en la ruptura del grupo familiar y la dispersión de sus integrantes. En el conocimiento de numerosos casos de violación grave a derechos humanos, entre ellos no pocos que se refieren a ejecuciones, desapariciones, torturas o detenciones arbitrarias, los integrantes del grupo familiar al que pertenece quien ha sufrido esos ataques en forma inmediata, también han padecido las consecuencias de ellos.

92. Dificilmente habría violaciones, entre las más graves, que resultasen indiferentes a quienes guardan estrecha relación afectiva con la víctima, en función de vínculos familiares —en sentido amplio—, y no trajeran consigo presiones disolventes de la unión. Los hechos violatorios han repercutido sobre esas personas en diversas formas: dispersando a los miembros de la familia, privándolos de ingresos legítimos, obligándolos a incurrir en gastos extraordinarios, interfiriendo la comunicación entre ellos, alterando o suprimiendo la vida en común, afectando planes y proyectos legítimos, debilitando lazos domésticos, generando padecimientos físicos o mentales que han gravitado sobre los familiares, etcétera.

93. Conforme a las circunstancias de cada caso puede plantearse la posibilidad de analizar estos hechos como consecuencia o proyección de otras violaciones cometidas o como violación directa del artículo 17 del Pacto de San José, con autonomía de tales ilícitos, aunque también en conexión con ellos. La Corte optó por lo primero, tomando en cuenta, precisamente, las circunstancias de este caso. Creo que, en la especie, se trata de una opción adecuada. La desintegración familiar fue una consecuencia, entre otras, de las violaciones cometidas en agravio del inculpado, su compañera y los niños que constituían, junto con ellos, el grupo familiar. No se ha omitido el reconocimiento y la apreciación de dichas violaciones: fueron examinadas en otros puntos de la sentencia, y con este fun-

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
- Los patrones de violación
- Justicia penal y derechos humanos
- El Estado garante
- Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
- Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
- Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
- El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
- Protección a la familia y proyecto de vida
- *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales

damento la Corte llegó a la conclusión de que tanto la señora Barriet como los niños a los que se alude en aquella resolución son víctimas, ellos mismos, de los hechos violatorios, y no solamente acreedores, por otros motivos, a reparaciones patrimoniales.

XVIII. *RESTITUTIO IN INTEGRUM*

94. Ha sido costumbre que la Corte recoja, en sus sentencias sobre reparaciones, la sabia idea de que “la reparación del daño requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior”. Y lo ha sido que en seguida agregue: “De no ser esto posible, como en el presente caso...”. Así sucede en la sentencia *Tibi*. Suscribo también esta declaración porque coincido en que la mejor reparación consistiría en el “restablecimiento de la situación anterior” a la violación. Ahora bien, esto no es posible, como lo he manifestado anteriormente (así, en mi *Voto concurrente* a la sentencia en el caso *Bámaca Velásquez*, dictada el 25 de noviembre del 2000). Equivaldría a dar marcha atrás a las manecillas del reloj y devolver a la persona cuyo derecho ha sido violado a la situación anterior a este acontecimiento.

95. La plena *restitutio* es lógica y materialmente impracticable, a no ser que se trate de violaciones formales, virtuales, sin impacto sobre ninguna vida, que sea posible suprimir como se expulsan, en una computadora, las palabras erróneas o indeseables. Significa desconocer la fatalidad de las consecuencias —aunque no sean inmediatamente perceptibles— de la violación cometida. Por eso en las sentencias sobre reparaciones se indica, invariablemente, que “en el presente caso” no es posible aplicar la *restitutio*. Si no es posible la *restitutio* en caso alguno, pudiera haber llegado el momento de ir directamente a lo que sí es factible. Esto se halla expuesto, con un giro gráfico, en algunas sentencias iniciales de la Corte, a propósito de la imposibilidad de reparar todas las consecuencias de la violación cometida, que se abren y

expanden como los círculos concéntricos de un estanque cuando se arroja a éste una piedra.

XIX. CARGAS FISCALES

96. En algunos votos particulares anteriores cuestioné la pertinencia de resolver que las indemnizaciones, costas y gastos —rubros, todos estos, que son especies del mismo género: reparaciones materiales— no quedarían sujetos a impuesto alguno. Dije en esas ocasiones —muy recientemente, en el *Voto* que acompañó la sentencia en el caso *Myrna Mack Chang*, de 25 de noviembre de 2003— que esta disposición judicial obligaba a modificar el régimen tributario de un país, en la medida en que conducía al establecimiento de un supuesto específico de exención fiscal. Para ello se requiere, generalmente, la tarea concertada de las autoridades legislativas y administrativas, a través de previsiones generales o disposiciones particulares, difíciles e innecesarias para los fines que se propone alcanzar el sistema de reparaciones patrimoniales a favor de las víctimas de violaciones. Lo que quiere la sentencia es evitar que aparezcan deducciones tributarias que menoscaben la reparación acordada, hasta hacerla ilusoria. Se pretende, en cambio, que ésta llegue íntegramente, tal como se ha dispuesto, a las manos de su destinatario. Si es así, basta con decirlo en esos o parecidos términos —como lo hace la sentencia a la que agrego este *Voto*— sin necesidad de generar cuestiones difíciles para las normas tributarias que son de general observancia.

- Sentido y trascendencia de las resoluciones de la Corte
 - Los patrones de violación
 - Justicia penal y derechos humanos
 - El Estado garante
 - Garantías judiciales y protección judicial
 - Debido proceso
 - Presunción de inocencia
 - Detención arbitraria
 - Información sobre los cargos
 - Control judicial
 - Amparo
 - Defensa
 - Prueba suficiente
 - Plazo razonable
 - Prisión preventiva
 - El estado de las prisiones
 - Tutela de la posesión
 - Protección a la familia y proyecto de vida
 - *Restitutio in integrum*
 - Cargas fiscales
-

Acto médico

Caso De la Cruz Flores (Perú).

Sentencia: 18 de noviembre de 2004

La Comisión Interamericana presentó demanda por violación a los artículos 7, 8 y 9, *inter alia*, de la Convención, en agravio de la médica María Teresa de la Cruz Flores, a quien el Estado había detenido y procesado bajo cargos de terrorismo. La señora De la Cruz brindó asistencia médica a personas vinculadas con hechos de esta naturaleza. La Corte consideró violados los artículos 5, 7, 8 y 9, este último en lo que respecta al principio de legalidad en materia penal. Dispuso indemnización, tratamiento médico y psicológico, reincorporación al trabajo y reintegración en el registro de jubilación.

VOTO

1. En este *Voto razonado* me referiré sólo a un tema que se examina en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso de la Cruz Flores*, emitida el 18 de noviembre de 2004: el acto médico y la ley penal, desde la perspectiva de los derechos humanos y en las circunstancias que se acreditaron en dicho caso. Aludo al acto médico en los términos consignados en aquella sentencia, que toma la descripción del artículo 12 del Código de Ética y Deontología del Colegio Médico

del Perú (Estado al que corresponde el asunto *sub judice*) y en la que figuran conceptos generalmente aceptados: “acto médico es toda acción o disposición que realiza el médico en el ejercicio de la profesión médica. Han de entenderse por tal, los actos de diagnóstico, terapéutica y pronóstico que realiza el médico en la atención integral de pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos. Los actos médicos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico”.

2. Es preciso establecer una cuidadosa distinción entre esa actividad, enmarcada en el ejercicio de una profesión y atenta a los fines y métodos que corresponden a ésta, de cualquier otra actividad, penalmente típica o atípica, que se sujeta a su propio orden de regulación y trae consigo las consecuencias jurídicas que la ley prevenga, entre ellas las de carácter penal. No se pierde de vista que en ocasiones el deslinde pudiera resultar difícil y que algunas situaciones sugerirían la existencia de una infracción penal tras un supuesto acto médico. Ahora bien, estos problemas prácticos no cancelan el sentido de las afirmaciones contenidas en este *Voto*, que apoya la sentencia dictada por la Corte. Una cosa es la entidad propia de cada hecho, acto o conducta, que deben ser valorados en sus términos, y otra los problemas que entraña la investigación e identificación de los hechos. Aquello es tema del legislador y del juzgador, y lo segundo, del investigador. El tribunal debe evitar que una investigación deficiente, con resultados equívocos o inciertos, contamine su apreciación sobre la naturaleza de la conducta y el trato jurídico pertinente.

3. Desde luego, es posible que quien ejerce la profesión médica realice, independientemente de ésta, conductas que pudieran quedar abarcadas por la ley penal y ameritar la imposición de sanciones de diversa naturaleza. Esto lleva a insistir en la necesidad de trazar una frontera, tan precisa como sea posible —en el triple plano de la tipificación legal, la investigación y el enjuiciamiento—, entre estos comportamientos punibles y aquellos otros que se de-

sarrollan exclusivamente en el marco del acto médico, es decir, en el marco de la actividad que despliega un profesional de la medicina, empleando sus conocimientos y técnicas en esta disciplina, para preservar la vida y la salud de otras personas. Esta es, en suma, la finalidad del acto médico, que concurre a su calificación jurídica.

4. La ley penal debe contemplar, para efectos punitivos, ciertas conductas que afectan gravemente los bienes jurídicos más relevantes. La idea de un Derecho penal mínimo, asociada al garantismo, que hoy enfrenta diversos embates, supone la incriminación de tales conductas ilícitas, habida cuenta de su gravedad y de la lesión que producen, cuando no se dispone de medios sociales o jurídicos alternos para evitarlas o sancionarlas. Bajo este concepto, la ley penal debe ser utilizada como último recurso del control social y concentrarse en esos comportamientos de gravedad extrema. Y cuando se justifica la tipificación penal de determinados comportamientos, es preciso hacerlo con objetividad y ponderación —lo que se podría llamar “prudencia beccariana”—, acomodando las sanciones a la gravedad de la infracción y a la culpabilidad del agente, sin perder de vista las diferencias que pudieran median entre hipótesis de una misma categoría —asesinato y homicidio culposo, por ejemplo—, que requieren tratamiento penal diferenciado. Esta cuestión ha sido analizada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, a propósito del artículo 4.2 de la Convención Americana —concerniente a la protección del derecho a la vida— en la sentencia dictada en el *Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y Otros vs. Trinidad y Tobago*, de 21 de junio de 2002. Me remito a lo que expresé en el *Voto razonado* que acompañé a esa sentencia.

5. Si el legislador penal, a la hora de incriminar conductas ilícitas, debe distinguir los diferentes supuestos que se plantean y ofrecer a cada uno trato adecuado, racional y específico, con mayor razón debe evitar la incriminación de las conductas que no sean ilícitas. El hecho de que un comportamiento se halle objetivamente previsto en un tipo penal depositado en un ordenamiento de la ma-

teria no implica que por ello se satisfaga, en forma automática, la exigencia de legitimidad en las previsiones penales. De lo contrario se justificaría la recepción de actos materialmente admisibles, e incluso plausibles, dispuesta por regímenes autoritarios para combatir la disidencia, la diferencia, la discrepancia, fenómeno bien conocido a lo largo de la historia y ampliamente reprobado. Sobre este punto también se ha pronunciado la Corte Interamericana al examinar las características de la ley que dispone limitaciones o restricciones al ejercicio de los derechos. Ténganse en cuenta, al respecto, los pronunciamientos contenidos en la *Opinión Consultiva OC-6/86*, del 9 de mayo de 1986, acerca de “*La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

6. Cuando se ejecuta cierta conducta con la intención de lesionar un bien jurídico, pudiera justificarse —con las limitaciones que antes mencioné— la aplicación de una pena al autor de aquélla. Otra cosa sucede cuando la intención del agente es preservar un bien jurídico de elevada jerarquía cuya tutela constituye, además, una obligación inmediata y directa de quien realiza la conducta. Tómese en cuenta que la preservación y el desarrollo de la vida individual y colectiva ha llevado a recoger, estimular y reglamentar el desempeño de ciertas actividades —científicas, técnicas, artísticas, de servicio social o público, etcétera—, que se estiman socialmente útiles e inclusive necesarias, y a las que por ello se rodea, generalmente, de suficientes garantías. Esta consagración sistemática de dichas actividades, convertidas, inclusive, en funciones sociales, constituye un punto de referencia para calificar su licitud y proveer las consecuencias jurídicas que resulten pertinentes.

7. Una de las más antiguas y nobles actividades es la destinada a la preservación de la vida y la salud de las personas. Se trata, en la especie, de proteger los bienes de más alto rango, condición para el disfrute de todos los restantes. En ello se interesa la sociedad en su conjunto y el Estado debe proveer a su tutela. Este es, precisamente, el caso de la profesión médica, cuya regulación posee

un notable componente ético, además de contener los datos propios de la técnica que en cada supuesto deba aplicarse, conforme al deber de cuidado que se deduce de la *lex artis*. El profesional de la medicina que cuida de la salud de sus semejantes y los protege de la enfermedad y de la muerte cumple la obligación que naturalmente le corresponde y que la ley debe amparar cuidadosamente. Esa protección y ese cumplimiento poseen sentido propio, con total independencia de las ideas políticas, religiosas o filosóficas del médico y del paciente. Tan censurable sería que el Estado impusiera o autorizara a los médicos el ejercicio desviado de su encomienda, como ha sucedido bajo regímenes totalitarios, como que les impidiera cumplir el deber ético y jurídico que les incumbe, e incluso les impusiera sanciones por hacerlo. En ambos casos el Estado lesiona el derecho a la vida y a la salud de las personas, tanto directamente como a través de la intimidación o la restricción impuesta a quienes se hallan regularmente obligados a intervenir, con motivo de la profesión que ejercen, en la preservación de esos bienes.

8. En mi concepto, el Estado no puede vulnerar la protección de la salud y la vida que los médicos tienen a su cargo, a través de normas o interpretaciones de éstas que disuadan al médico de cumplir su deber, sea porque lo amenacen con la aplicación de una pena, amenaza que pudiera inhibir la prestación del servicio médico, sea porque lo induzcan a hacer distinciones contrarias a los principios de igualdad y no discriminación, sea porque lo obliguen a desviarse de la función que les corresponde y asumir otra, que entre en conflicto con aquélla, proponga dilemas inaceptables o altere de raíz la relación entre el médico y el paciente, como sucedería si se obligara al médico a constituirse en denunciante —o delator— de los pacientes que atiende. Otro tanto sucedería, en su propio ámbito, si se forzara al abogado a denunciar los hechos ilícitos en que ha incurrido su cliente, de los que se entera a través de la relación de asistencia y defensa, o al sacerdote a revelar los secretos que le son confiados por medio de la confesión.

9. En ningún caso se trata de impedir la persecución legítima de conductas ilícitas, que deben ser combatidas por medios idóneos, sino de mantener cada relación social en el cauce que le corresponde, no sólo para bien privado, sino también —y quizás ante todo— para bien público. El fiscal y el investigador deben llevar adelante las indagaciones a las que se hallan obligados, en virtud de la función que ejercen. El médico, el abogado defensor, el sacerdote deben hacer otro tanto, con plena salvaguarda del Estado, en el ejercicio de la misión que les incumbe y que ciertamente no es la investigación de los delitos y la persecución de los infractores. Sobra describir la crisis que traería consigo la subversión de los roles profesionales y sociales y la tácita incorporación de médicos, defensores y sacerdotes a las filas de la policía. Si se protege la comunicación confidencial entre el abogado y el inculgado, que está al abrigo de interferencias, y se concede que el sacerdote no está obligado a violar el secreto de confesión —que constituye, inclusive, un rasgo esencial de esta comunicación específica, que los creyentes consideran sacramental—, la misma consideración, por lo menos, se debe poner en la relación entre el médico y el enfermo.

10. La idea de que el médico está obligado a atender a todas las personas, por igual, sin entrar en calificaciones acerca de su condición moral o legal, y de que la atención de la salud constituye un deber del facultativo, y simultáneamente un derecho, así como la admisión del secreto médico acerca de las revelaciones del paciente, vienen de tiempo atrás y se han asentado con firmeza en varios de los más notables instrumentos ético-jurídicos de esa profesión, que contemplan, entre otros extremos, las particularidades de la relación entre médico y paciente y las características de la lealtad que aquél debe a éste. Esculapio habría escrito a su hijo: “tu puerta quedará abierta a todos (...) El malhechor tendrá tanto derecho a tu asistencia como el hombre honrado”. En el juramento de Hipócrates, que aún hoy prestan muchos jóvenes al tiempo de recibir el título profesional que califica sus conocimientos para el ejercicio de la medicina, se indica: “si en mi práctica médica, o aun fuera

de ella, viese u oyese (...) algo que jamás deba ser revelado al exterior, me callaré considerando como secreto todo lo de este tipo”.

11. En la sentencia a la que acompaño este *Voto* se menciona el texto concluyente de algunos preceptos del Derecho Internacional Humanitario. La referencia a ese texto se hace a título informativo, que contribuye a ilustrar, según ha afirmado la jurisprudencia del tribunal, la interpretación que éste realiza con respecto a las disposiciones que aplica directamente. Así, el artículo 18 del I Convenio de Ginebra de 1949 señala que “nadie podrá ser molestado o condenado por el hecho de haber prestado asistencia a heridos o a enfermos”. Los artículos 16 del Protocolo I y 10 del Protocolo II, ambos vinculados a los Convenios de Ginebra de 1949, disponen que “no se castigará a nadie por haber ejercido una actividad médica conforme con la deontología, cualesquiera hubieran sido las circunstancias o los beneficiarios de dicha actividad”.

12. La Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial, 1948–1968–1983, proclama la promesa del médico de “velar solícitamente y ante todo por la salud de mi paciente”; “guardar y respetar los secretos a mí confiados, aun después de que un paciente haya muerto”; y “hacer caso omiso de credos políticos y religiosos, nacionalidades, razas, rangos sociales, evitando que éstos se interpongan entre mis deberes profesionales y mi paciente”. El Código Internacional de Ética Médica, de la misma fuente, reitera: “El médico debe (...) salvaguardar las confidencias de los pacientes”; “El médico debe actuar solamente en el interés del paciente al proporcionar atención médica que pueda tener el efecto de debilitar la condición mental y física del paciente”; “El médico debe a sus pacientes todos los recursos de su ciencia y toda su lealtad”. En la Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial sobre los derechos del paciente, de 1981–1995, se manifiesta: “Toda la información identificable del estado de salud, condición médica, diagnóstico y tratamiento de un paciente y toda otra información

de tipo personal, debe mantenerse en secreto, incluso después de su muerte”. La Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial, 1964–1975–1983–1989–1996–2000–2002, señala: “El deber del médico es promover y velar por la salud de las personas. Los conocimientos y la conciencia del médico han de subordinarse al cumplimiento de ese deber”.

13. En suma, considero inadmisibles —consideración que coincide con el parecer de la Corte Interamericana, expuesto en la sentencia dictada en el presente caso— sancionar penalmente la conducta del médico que brinda la atención destinada a proteger la salud y preservar la vida de otras personas, con independencia de las características de éstas, sus actividades y convicciones y el origen de sus lesiones o enfermedades. Por otra parte, estimo necesario excluir de incriminación la conducta del médico que se abstiene de informar a las autoridades la conducta punible en que ha incurrido su paciente, de la que sabe gracias a la confidencia que éste le hace con motivo del acto médico. En este caso podría operar una excusa absolutoria similar a la que ampara a los familiares del imputado en casos de encubrimiento por favorecimiento.

14. Nuevamente es preciso destacar que las consideraciones y decisiones de la jurisdicción interamericana en los casos de los que se ha ocupado, no han justificado en ningún supuesto y por ningún motivo la comisión de delitos previstos por la legislación expedida conforme a los principios y postulados de una sociedad democrática. Es evidente que el Estado debe proteger a los individuos y a la sociedad frente a la agresión dirigida contra sus bienes jurídicos, así como preservar las instituciones democráticas. También lo es, desde la perspectiva de los derechos humanos, que esa protección se debe ejercer con observancia de las condiciones que caracterizan a un Estado de Derecho.

Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*. Pena de azotes. Plazo razonable. Condiciones de detención. Proporcionalidad de la pena

Caso Caesar (Trinidad y Tobago).

Sentencia: 11 de marzo de 2005

La Comisión demandó por violación a los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana, en lo que respecta —en sus casos— a trato humano, plazo razonable y protección judicial, en agravio del señor Caesar, a quien se había condenado por tentativa de violación. Además de la pena de prisión impuesta, el tribunal nacional ordenó aplicar al inculpado quince latigazos con el denominado “gato de nueve colas”, conforme a la Ley de Penas Corporales. La Corte consideró que hubo violación a los artículos 2, 5 y 25 de la Convención Americana, y dispuso, a título de reparación: indemnización, tratamiento médico, derogación de la Ley de Penas Corporales, enmiendas constitucionales y modificación de las condiciones de detención.

VOTO

1. La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que agrego este *Voto razonado*, emitida el 11 de marzo de 2005 en el proceso sobre el *Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago*, suscita diversas cuestiones vinculadas con temas relevantes. Entre aquéllas figuran: extensión y vigencia de los deberes asumidos por el Estado parte en un convenio internacional; legitimidad de ciertas

penas a la luz de las normas nacionales e internacionales acerca de la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; algunos extremos del debido proceso legal, señaladamente la observancia del “plazo razonable”; condiciones de detención de individuos procesados o sentenciados; y proporcionalidad entre el delito cometido y la sanción prevista en la ley y aplicada por el tribunal.

2. Todos esos temas, con la salvedad del mencionado en último término, fueron abarcados por la Corte Interamericana en la consideración del presente caso y en los puntos resolutive de la sentencia respectiva. Por supuesto, también fue examinada la competencia del Tribunal para conocer este asunto, no obstante la denuncia de la Convención Americana por el Estado, que no compareció en el proceso, y la posible argumentación adversa a la competencia de la Corte Interamericana en función de la reserva —o limitación en el reconocimiento de la competencia— formulada por aquél al tiempo de ratificar la Convención.

I. COMPETENCIA DE LA CORTE

3. En lo que concierne a la denuncia, conviene tomar en cuenta que los hechos *sub judice* ocurrieron cuando el Estado era parte en la Convención Americana. Por lo tanto quedan sujetos a la competencia *ratione temporis* de la Corte. Aun cuando el Estado no concurrió al juicio, la Corte impulsó de oficio el procedimiento. La normativa vigente confiere al Tribunal esta potestad, que constituye, al mismo tiempo, una obligación del órgano jurisdiccional.

4. Por lo que atañe a la restricción en el reconocimiento de la competencia *ratione materiae*, conviene considerar el criterio sustentado anteriormente por la Corte a este respecto en los *Casos Hilaire, Constantine y Benjamín y otros (Trinidad y Tobago)*. *Excepciones preliminares*. *Sentencias del 1º de septiembre de 2001*). En esa oportunidad se desestimó la restricción establecida por el Estado cuando ratificó la Convención y aceptó la competencia contenciosa del Tribunal in-

-
- Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*
 - Pena de azotes
 - Plazo razonable
 - Condiciones de detención
 - Proporcionalidad de la pena
-

teramericano. El rechazo obedeció a que la restricción fue formulada en términos a tal punto generales que afectan el objeto y fin del tratado e implican el condicionamiento total de la jurisdicción internacional por los órganos de justicia interna. Si se tuviera en pie una restricción de este carácter sería imposible conocer el alcance de la jurisdicción internacional, cuya actividad se vería sujeta a valoración y admisión de los órganos internos, caso por caso.

5. En el *Voto razonado* que acompañé a la citada sentencia del 1º de septiembre de 2001 señalé lo que a continuación transcribo y hoy reitero: “coincido con los Jueces que integran la Corte en el señalamiento de que la reserva o declaración formulada por Trinidad y Tobago en el instrumento de ratificación de la Convención (del 3 de abril de 1991, depositado el 28 de mayo del mismo año), a propósito de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, tendría el efecto de excluir al Estado del sistema jurisdiccional que en ese mismo instrumento declara aceptar, en cuanto contiene una condición de carácter general que subordina el ejercicio de la jurisdicción, en forma prácticamente absoluta, a las disposiciones del Derecho interno. En efecto, dicha declaración admite la mencionada jurisdicción contenciosa —pieza clave en la efectiva vigencia del sistema interamericano de derechos humanos— ‘sólo en la medida en que (su ejercicio) sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago’.

“Como es fácil advertir, la fórmula utilizada por el Estado no precisa —a diferencia de lo que suele ocurrir en otras declaraciones de la misma naturaleza— cuáles son, específicamente, los puntos sustraídos al conocimiento y a la resolución de la Corte, que necesariamente aplica la Convención Americana, no las disposiciones del Derecho interno de un Estado. Así las cosas, ese tribunal internacional estaría privado de la posibilidad de ejercer con independencia las atribuciones que le asigna la Convención y debería sujetarse a una modalidad de cotejo casuístico entre las

normas de ésta y las del Derecho interno, que a su vez se hallaría sometido a la interpretación de los tribunales nacionales.

“Evidentemente, semejante limitación —establecida, como se ha dicho, en forma general e indeterminada—, no es consecuente con el objeto y fin de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ni corresponde a la naturaleza de la jurisdicción interamericana llamada a tutelar esos derechos.

“Por otra parte, la fórmula que se analiza incluye igualmente algunas expresiones de muy difícil comprensión, que resultan equívocas para el intérprete —y que podrían obstruir íntegramente el quehacer jurisdiccional de la Corte—, como la de que se reconoce la jurisdicción obligatoria del tribunal internacional ‘siempre que una sentencia de (éste) no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares’. Es posible citar algunos ejemplos sobre las implicaciones que podría tener esta expresión oscura. Evidentemente, una sentencia de la Corte podría incidir sobre supuestos ‘deberes de los individuos’ derivados de actos o medidas que el tribunal considere violatorios de la Convención. Las resoluciones del tribunal interamericano también repercutirían sobre ‘derechos de los particulares’ si reconocieran a favor de éstos ciertas consecuencias jurídicas con motivo de las violaciones cometidas: así, el derecho a reparaciones. Por otra parte, no está claro lo que se quiere decir al señalar que las sentencias de la Corte no podrían establecer ‘derechos o deberes existentes’ de ciudadanos particulares.

“En suma, por todo lo expuesto en los párrafos precedentes —en los que se proyecta el criterio que funda las sentencias de la Corte en los casos a los que se refiere este *Voto*— no es posible reconocer eficacia a la declaración formulada por el Estado en el instrumento de ratificación del 28 de mayo de 1991, y sustentar en ella la excepción preliminar que se invoca”.

6. Me parece pertinente subrayar que esta desestimación por parte de la Corte de una restricción establecida por un Estado no

implica, en modo alguno, que el Tribunal ignore o soslaye cualquier limitación que aquél pudiera fijar. La Corte, instrumento de seguridad y justicia, debe preservar cuidadosamente ambos valores jurídicos. Si impusiera al Estado una competencia que éste ha excluido específicamente, estaría afectando, por lo menos, el principio de seguridad jurídica. La Convención Americana y el desempeño del Tribunal instituido por aquélla se mantienen atentos a las decisiones legítimas de los Estados en el marco de las reservas y restricciones admisibles.

7. El respeto a esta circunstancia —que tampoco implica, por otra parte, negar que pudo haber violaciones a derechos humanos, independientemente de que la Corte se abstenga de pronunciarse sobre ellas— se ha visto en las decisiones del Tribunal que debieron ponderar los efectos de una reserva o una restricción. El ejemplo más reciente del cumplimiento por la Corte de su deber en este campo aparece en la decisión dictada en el *Caso Serrano Cruz*. La situación que se analiza ahora no es igual a la existente en ese caso. De ahí las diferentes determinaciones adoptadas. En una hipótesis se restringe la competencia en términos admisibles, aunque quizás no deseables; en la otra, se condiciona totalmente.

8. Constituye motivo de la más viva preocupación desde la perspectiva de la eficacia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos la negativa de un Estado a asumir plenamente los compromisos contraídos, de los que deriva la responsabilidad internacional que declara el Tribunal interamericano. Es posible que un Estado se abstenga de suscribir o de ratificar un tratado; lo es que incorpore al reconocimiento de la jurisdicción contenciosa los límites que expresamente autoriza la Convención; y lo es, finalmente, que denuncie ésta. Pero resulta por lo menos inexplicable que habiendo concurrido al Pacto resuelva posteriormente desatender las obligaciones que derivan de éste o sujetarlas a condiciones o modalidades no previstas por el tratado.

9. Es muy deseable que una profunda reflexión sobre estos problemas y acerca de la necesidad de fortalecer el sistema protector de los derechos humanos, conduzca a una reconsideración que contribuya a lograr los altos objetivos que proclaman la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Declaración Americana y el Pacto de San José, conforme a las decisiones adoptadas por los propios Estados que integran la comunidad interamericana.

II. PENA DE AZOTES

10. Probablemente el asunto más llamativo en cuanto al fondo de este caso es la persistencia y aplicación —prevista en la legislación del Estado— de la pena corporal de azotes, ejecutada con el llamado “gato de las nueve colas”. Las características de este instrumento quedan descritas en la sentencia conforme a las pruebas reunidas en el expediente. No hay duda de que su empleo causa muy graves sufrimientos a quien recibe el castigo. La posición de la Corte a este respecto, expresada en la sentencia, es de terminante y absoluto rechazo. Para ello, el Tribunal ha tomado en cuenta una corriente razonada y dominante en el orden nacional e internacional, que repudia el empleo de métodos punitivos que tienen características e infligen al condenado sufrimientos incompatibles con su dignidad humana, por una parte, y con los fines generalmente reconocidos a la pena que se aplica a los responsables de los delitos, por la otra.

11. Con ello, el condenado deviene víctima de la función penal del Estado, desviada de su cauce y objetivo. No se cuestiona, por supuesto, la necesidad —y el deber público— de enfrentar con firmeza la delincuencia y sancionar a quienes perpetran delitos. Lo que se rechaza es que esta función punitiva, en sí misma legítima, se despliegue en una forma y con unos métodos que lesionan la dignidad humana y pugnan con la condición ética que debe caracterizar al Estado democrático en el cumplimiento de todas sus atribuciones, incluso la de carácter punitivo. Como otras veces he

-
- Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*
 - Pena de azotes
 - Plazo razonable
 - Condiciones de detención
 - Proporcionalidad de la pena
-

dicho, en el orden punitivo quedan de manifiesto, acaso más que en otros, la convicción política y el designio moral del Estado.

12. Lo anterior es independiente, por supuesto, de que el individuo afectado sea, a su vez, victimario en la comisión del delito que se procura sancionar. Si se establece su responsabilidad penal, debe ser sancionado. Parece innecesario decir —pero quizás sea preciso insistir una vez más— que en el proceso por violación a derechos humanos se juzga única y exclusivamente la comisión de violaciones de esta naturaleza, no así la participación delictuosa del sujeto, que debe ser comprobada conforme a la legislación nacional y por los tribunales locales competentes, y sancionada en forma legítima, esto es, compatible con las estipulaciones de la Constitución doméstica y con las disposiciones internacionales acogidas por el Estado, a través de la vía convencional, o imperativas en el marco del *jus cogens*. De nueva cuenta conviene afirmar que los objetivos legítimos deben ser alcanzados por medios igualmente legítimos.

13. La subsistencia de medidas como la flagelación de una persona pone de manifiesto nuevamente, en pleno siglo XXI, la existencia de capítulos paralelos en las historias del crimen y de la justicia erigida para enfrentarlo en nombre de la sociedad y del Estado. Se trata, por supuesto, de un extraño y deplorable paralelismo, cuya crónica excede los límites del *Voto razonado* que acompaña una sentencia. No siempre ha existido entre el delito y la justicia penal la frontera evidente y rigurosa que debe mediar entre el injusto empleo de la violencia que despliega el criminal y la función penal que desempeña el Estado. Esta debiera justificarse, como mencioné, por la calidad ética de su fundamento, sus medios y sus objetivos. La “justicia” penal ha traspuesto ese lindero con frecuencia. En este orden, la Corte Interamericana ha hecho suya la elocuente reflexión de la Corte Europea en el *Caso Tyrer v. United Kingdom*, a propósito de la sanción corporal: ésta es simple violencia institucionalizada, un “asalto” contra la dignidad personal y la integridad física. De ahí que contraveniga el *jus cogens* y resulte, por lo mismo, totalmente inaceptable. El

rechazo es absoluto, por encima de los motivos históricos, sociológicos o penales con que se pretenda sostener esa sanción.

14. La obstinada presencia de estos métodos de castigo, que constituyen reminiscencias de antiguas prácticas opresivas, conduce a replantear los fines de la pena que el Estado impone al responsable de un delito. No niego el carácter retributivo que formalmente posee la sanción penal y que en ocasiones ha contribuido a limitar el despliegue de la violencia, ajustando la gravedad de la pena a la gravedad de la falta. Tampoco impugno en este momento su eficacia —más supuesta que real— como medio de prevenir (prevención general) la comisión de delitos. Pero conviene retener por ahora, en ausencia de mejor opción garantista, el proyecto de readaptación, resocialización o rehabilitación que se ha asignado a la consecuencia penal del delito y que figura, extensamente, en numerosos instrumentos nacionales e internacionales, particularmente aquellos que conciernen a la pena privativa de libertad, que en la historia de las sanciones acudió a relevar la sanción capital y las penas corporales.

15. Ciertamente, se han expuesto críticas relevantes sobre este proyecto asociado a la pena. Se trata, a menudo, de observaciones razonables que es posible compartir. Sin embargo, aún carecemos —en términos reales, efectivos, no sólo ideales o conceptuales— de sustitutos que lo releven de inmediato, con ventaja y eficacia. Tras la decadencia de la concepción readaptadora de la pena aguardan las opciones eliminativas y aflictivas, de las que son ejemplos la sanción capital y las penas corporales —como la mutilación, la marca o los azotes—, respectivamente. De ahí que la readaptación siga constituyendo, a pesar de sus debilidades y contradicciones, un límite razonable al poder penal absoluto del Estado, que de otra suerte se desbordaría.

16. El designio readaptador se localiza en el artículo 6.5 de la Convención Americana, que atribuye a las penas privativas de li-

-
- Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*
 - Pena de azotes
 - Plazo razonable
 - Condiciones de detención
 - Proporcionalidad de la pena
-

bertad la “finalidad esencial” de promover “la reforma y la readaptación social de los condenados”. Si este es el objetivo de aquellas penas —su misión finalista, que da sentido a la actuación “positiva” del Estado con respecto a los condenados—, el límite para esa acción —frontera insalvable para la autoridad— se halla en la preservación de la dignidad humana. Es así que “toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (artículo 5.2 de la misma Convención).

17. Es verdad que estas disposiciones se asocian a la privación de la libertad, pero también lo es que las ideas en las que aquéllas se informan permean el sistema de las penas en su conjunto, sin perjuicio de otros objetivos vinculados con ese conjunto —como la satisfacción de los derechos e intereses del ofendido— o con algunas penas y medidas específicamente. No es posible suponer, ni remotamente, que los azotes infligidos al condenado dejan a salvo el “respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”, o que tienden a alcanzar la “reforma y readaptación” del sentenciado, en el único sentido que éstas poseen en una sociedad democrática y que ciertamente no es la devastación intelectual o moral del sujeto, su reducción absoluta por medio de la violencia, la imposición del puro dolor físico, la humillación del flagelado. Todo esto caracterizó la idea social y estatal sobre la pena en un pasado cada vez más distante, que debiéramos confinar, de una vez y para siempre, en el arcón de la historia.

18. La censura al método de castigo utilizado en este caso —azotes con el “gato de las nueve colas”— se sustenta en el artículo 5 de la Convención Americana, como lo aprecia la Corte. Se trata, sin duda, de un ataque brutal a la integridad personal. En ese precepto de la Convención, que alude a acciones contraventoras del *jus cogens*, como se ha observado con gran frecuencia, se reprueban la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, especies del ataque a la integridad personal y de la violación del derecho que sobre este punto se reconoce a todas las personas. En mi concepto,

la flagelación que ahora se analiza reviste los rasgos de la tortura, cualquiera que sea el texto internacional que se tenga a la vista para caracterizar ésta: trátase de la Convención de Naciones Unidas, de 1984, trátase de la correspondiente Convención Interamericana, de 1985, mas allá de las diferencias que median entre ambas.

19. En los hechos que ahora nos ocupan aparecen los elementos enunciados en aquellos textos, entre otros: sufrimientos —que en el presente caso revistieron gran intensidad— causados intencionalmente con finalidad de castigo. Viene al caso, sin duda, una forma de infligir muy graves penalidades, de manera deliberada, por la mano de un agente del Estado, con propósito de castigo corporal. Todo esto encuadra perfectamente en la caracterización internacional de la tortura. Desde luego, al citar la Convención Interamericana no pretendo que ésta se aplique al Estado, que no la ha ratificado. La menciono como instrumento cuya consideración es útil para interpretar las referencias contenidas en el artículo 5 de la Convención Americana. La Corte ha invocado tratados cuya aplicación directa no le corresponde, para el debido entendimiento de las normas que debe aplicar, como son las contenidas en el artículo 5.1 y 2 de la Convención.

20. La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de pronunciarse en otros casos sobre la existencia de torturas o de tratos crueles, inhumanos o degradantes. Al hacerlo, ha tomado en cuenta, entre otros factores —no exclusivamente, pues—, la mayor o menor intensidad del sufrimiento ocasionado a la víctima por la agresión a la integridad personal. En este orden, ha entendido que existe tortura cuando el padecimiento causado reviste especial severidad, que pudiera ser menor —aunque siempre reprobable, desde luego— en otras manifestaciones del maltrato recogidas en el artículo 5.2 de la Convención Americana. Evidentemente, los sufrimientos causados a la víctima por medio de la flagelación con el “gato de las nueve colas” corresponden a aquellos que pueden ser calificados como tortura.

21. Es obvio que esta calificación sobre la sanción ordenada e infligida en el presente caso no pierde validez por el hecho de que se halle prevista en la legislación nacional, como antes lo estuvo en otras disposiciones, afortunadamente suprimidas, de tiempo atrás, por la gran mayoría de los Estados. La ‘legalidad’ formal de una conducta no modifica necesariamente su intrínseca ‘injusticia’ o ‘ilegitimidad’, cuestión, ésta, que con gran frecuencia viene al caso a la hora de apreciar la compatibilidad de disposiciones o actos de autoridad nacionales con principios y normas del Derecho internacional de los derechos humanos, tarea natural de los tribunales de esta especialidad. Son aleccionadoras las expresiones que a este respecto ha vertido Nigel S. Rodley: “no es posible aceptar la idea de que la administración de castigos tales como la lapidación, los azotes y la mutilación (...) deban ser consideradas legítimas simplemente porque han sido autorizadas por una vía formalmente válida (...)”.

22. De ahí que no se trate, en la especie, de sufrimientos naturalmente derivados de la ejecución de una pena legítima, es decir, de una sanción que no milita, por sí misma, contra la dignidad humana, que es la hipótesis de justificación a la que se refiere, por ejemplo, la última frase del artículo 1.1 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de 1984. Lo que he afirmado y aquí destaco es que la pena de azotes resulta contraria, en sí misma, a la dignidad humana.

23. No estamos ante una sanción inevitable e irreductible, absolutamente necesaria, cuya omisión o sustitución ponga en peligro la seguridad colectiva o la paz pública, en forma tal que no exista medio menos cruel para preservar el orden jurídico y asegurar el imperio de la justicia. Se dirige única y exclusivamente a causar sufrimiento, sin obtener y ni siquiera pretender un objetivo moral plausible. Humilla a quien la recibe y envilece a quien la inflige. Al levantar su mano contra un semejante, esgrimiendo un instrumento ideado para castigar el cuerpo y dominar el ánimo del infractor,

así sea por mandato del Estado, el ejecutor retrocede varios siglos en la historia de nuestra especie. La flagelación es, en fin, pura violencia, que como tal se vuelca sobre el ejecutado y el ejecutor, y que dista mucho de acreditar la autoridad moral y la serenidad justiciera del Estado que la dispone y practica.

24. Cuando un Estado se constituye en parte de un tratado internacional que prohíbe este género de sanciones contrae, a título de obligación general, el deber de reformar su legislación interna para atender al compromiso internacional adquirido y satisfacer las normas que aquél contiene. Esto puede dar lugar a tensiones entre el Derecho doméstico y el orden internacional —en el que el Estado se inscribe a través de un acto de voluntad soberana—, como también entre el Derecho constitucional interno y el sistema jurídico secundario.

25. Lo anterior ha ocurrido bajo la denominada “cláusula de exclusión” (*savings clause*). En la sentencia del presente caso se cita una resolución del Judicial Committee del Privy Council, de 2002, en torno a un proceso seguido en Bahamas y relacionado, precisamente, con la pena de flagelación (*Prince Pinder v. The Queen*, Privy Council Appeal No. 40/2001 (Bahamas), September 23, 2002 (2003) 1 AC 620, para. 5). Esta pena —dice el Judicial Committee— es un castigo inhumano y degradante, y como tal se encuentra prohibida por las previsiones constitucionales que reprueban la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes. Empero, subsiste el ilícito castigo merced a la “*savings clause*” de la Constitución local.

26. La reforma de la ley doméstica para ajustarla al patrón internacional aceptado por el Estado es una consecuencia obvia de la incorporación a un instrumento internacional. No es relevante, para este efecto, la salvedad contenida en la mencionada “cláusula de exclusión” (*savings clause*), que pretende dejar ciertas antiguas disposiciones de la legislación estatal al margen de los mandamientos constitucionales, que en este caso son disposiciones con-

-
- Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*
 - Pena de azotes
 - Plazo razonable
 - Condiciones de detención
 - Proporcionalidad de la pena
-

cernientes a la tutela de los derechos humanos y, por lo tanto, al tema principal, el más entrañable, del Estado de Derecho. Al respecto, tómesese en cuenta, más aún, que el Estado ratificó la Convención Americana y aceptó la jurisdicción contenciosa de la Corte en 1991, es decir, muchos años después de la emisión de la *Corporal Punishment Act* (1953) y de la Constitución (1976).

27. En la especie, la cláusula mencionada significa una anticipada derogación de la Constitución: ésta no se aplicará sobre situaciones regidas por leyes preexistentes, aunque la nueva ley suprema recoja las mejores preocupaciones protectoras del individuo —el ciudadano, en cuyo beneficio se construye el Estado—, y la antigua ley persista en ideas todavía más antiguas que la fecha de su expedición. El sentido de una nueva ley progresista es, precisamente, crear una nueva situación plausible. La *savings clause* impide que esto ocurra y mantiene el pasado vigente hacia el futuro. Subordina un propósito superior —la salvaguardia de los derechos humanos— a una decisión inferior —la retención de un castigo desahuciado por la propia Constitución.

28. Sorprende que semejante cláusula pueda dejar en suspenso nada menos que las normas que constituyen la entraña del moderno Estado de Derecho, la sustancia misma de la Constitución y la razón de ser de la sociedad política, esto es, los derechos fundamentales del individuo, reconocidos por una disposición suprema actual pero desconocidos —eficazmente desconocidos— por una disposición secundaria instalada en el pretérito y que sigue operando, sin embargo —y a contrapelo de la Constitución misma—, en el presente y aspira a hacerlo, puesto que rige *sine die*, por todo el porvenir.

III. PLAZO RAZONABLE

29. En el presente caso se hizo notar la inobservancia del “plazo razonable” para concluir un proceso y aplicar una pena, inobservancia que afectaría el debido proceso legal. Este problema se ha

observado tanto desde el ángulo del enjuiciamiento en sí mismo, que culmina con una sentencia, como desde la perspectiva de la ejecución penal que tiene, como título ejecutivo, esa resolución final. No ingresó la Corte en la consideración del carácter procesal que pudiera tener la ejecución, o bien, visto bajo otro lente, de la aplicabilidad a ésta de los principios que informan el debido proceso penal.

30. Es obvio que la desatención al plazo razonable sigue siendo un problema central de la justicia penal, cuyas reformas no han conseguido responder con suficiencia y definitividad a la demanda de brevedad, diligencia, expeditéz en la administración de justicia. Ahora bien, en las circunstancias del caso *sub judice* resulta evidente que la Corte Interamericana no podía considerar que la sanción de azotes, en sí misma ilícita, se debió ejecutar con celeridad —conforme a las disposiciones del Derecho interno—, para atender los requerimientos del debido proceso. La ilegitimidad de la medida es flagrante, cualesquiera que sean el plazo y la fecha para disponerla e infligirla. La demora *contra legem* no genera la violación; sólo exhibe su existencia y agrava sus consecuencias.

IV. CONDICIONES DE DETENCIÓN

31. También llama la atención, a propósito de los hechos del presente caso, la persistencia de un problema mayor en el ámbito de la justicia penal, observado constantemente en un creciente número de asuntos sometidos a la jurisdicción contenciosa de la Corte y examinado, inclusive, en alguna opinión consultiva. Me refiero a las condiciones de detención en la gran mayoría de las prisiones —sean instituciones para menores de edad, sean reclusorios para adultos—, que resultan radicalmente incompatibles con la Convención Americana y con los denominados “estándares” internacionales en esta materia, expuestos en diversos instrumentos mundiales y regionales, sobre todo a partir de las Reglas Mínimas

de Naciones Unidas sobre Tratamiento de los Reclusos (Ginebra, 1955), que han cumplido medio siglo y son ampliamente conocidas, pero frecuentemente desatendidas. Una vez más, la realidad se ha rebelado contra las normas. Los discursos y los hechos corren por separado.

32. De la situación prevaleciente —como se percibe a través de las sentencias de la Corte Interamericana y de diversas medidas provisionales ordenadas por ésta— y del concepto reiterado por el mismo Tribunal acerca de la función de garante que corresponde al Estado con respecto a las personas sujetas a custodia —adultos o menores, sanos o enfermos—, se desprende la necesidad imperiosa de emprender cuanto antes una reforma verdadera e integral de los sistemas de detención. Esto abarca normas, medidas, establecimientos, personal de custodia y alternativas a la reclusión, entre otras cosas. Son muchas, de suyo, las paradojas e insuficiencias de la prisión. A ello se añade, para agravar el estado de cosas que tenemos a la vista, el quebranto reiterado o constante de las reglas cuya observancia pudiera aportar un sistema de reclusión siquiera medianamente aceptable.

33. Se ha señalado, con abundantes elementos para hacerlo, que las instituciones de internamiento constituyen el escenario de constantes, sistemáticas y arraigadas violaciones a los derechos humanos, que con frecuencia revisten, además, la mayor gravedad. A este respecto hay que volver los ojos a un amplio número de sentencias o resoluciones sobre medidas provisionales emitidas en los últimos años: por ejemplo, *Cárcel de Urso Branco*, *Instituto de Reeduación del Menor “Panchito López”*, *Bulacio*, *Neira Alegría*, *Penitenciarías de Mendoza*, *Lori Berenson*, *Hilaire*, *Constantine* y *Benjamín* y otros, et cetera. Esta relación se incrementa con la sentencia sobre el *Caso César vs. Trinidad y Tobago*. La violación de derechos que trae consigo la insoportable situación que prevalece en numerosas prisiones constituye ya uno de los grandes temas planteados ante la jurisdicción interamericana.

V. PROPORCIONALIDAD DE LA PENA

34. En este caso pudo figurar la consideración sobre la racionalidad —que implica, en la especie, legitimidad— de la pena privativa de libertad prevista por la ley e impuesta por el juzgador. En el marco del Derecho penal de la sociedad democrática, que supone la cuidadosa tipificación de las conductas ilícitas y la medición razonable de sus consecuencias, debe existir una graduación adecuada de las reacciones punitivas conforme a los bienes jurídicos afectados y a la lesión causada o al peligro corrido. La mayor jerarquía del bien protegido a través de los tipos penales y la mayor gravedad del daño ocasionado o del peligro corrido determinan la severidad de la sanción aplicable. No es admisible sancionar la tentativa, que es la figura a la que se refiere el expediente integrado en este caso por las autoridades competentes, con penas muy elevadas que debieran asignarse al delito consumado. Si se pierde de vista este principio, como en efecto sucedió, se habrá mellado el principio de proporcionalidad de la pena.

35. El problema de la sanción destaca más todavía cuando se observa la imprecisión legal cuantitativa de ésta, con lo que ello implica en términos de exceso potencial, que se volvió actual en el caso presentado ante la jurisdicción interna, que no suministra razón alguna para optar por cierta duración en la privación penal de la libertad. A falta de razonamiento suficiente, la pena impuesta se sustenta en el arbitrio. La sección 31.1 de la *Offences against the Person Act*, que contiene el tipo penal (aparentemente) considerado en este caso, manifiesta: “*Any person who is convicted on the crime of rape is liable to imprisonment for life or for any term of years*”. De esta suerte, toda violación carnal, independientemente de las condiciones en las que hubiera sido cometida, e incluso del grado de ejecución al que se hubiese llegado en el *iter criminis* —que, en la especie, fue el de tentativa— se halla sujeta a una pena que puede oscilar entre un año y reclusión perpetua, a discreción del tribunal.

-
- Competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*
 - Pena de azotes
 - Plazo razonable
 - Condiciones de detención
 - Proporcionalidad de la pena
-

36. Así, la ley prevé una sola punibilidad para dos situaciones obviamente diferentes: la violación consumada y la tentativa de violación. La ley no contiene regla alguna para deslindar las consecuencias penales que pudieran derivar, en un caso concreto, de esta identidad punitiva. Todo esto se desprende no sólo de la lectura del ordenamiento, sino también de la explícita apreciación hecha por el juez y por los abogados participantes —defensor y acusador—, acerca del sentido y el alcance de las normas correspondientes, apreciación de la que existe constancia en el expediente. Semejante indeterminación difícilmente se podría mirar con naturalidad a la luz de la legalidad penal y de los derechos del inculpado.

37. Nos encontramos de nueva cuenta ante una situación de *tabula rasa* como la que se presentó con respecto a la *Mandatory Death Penalty*, acerca de la cual se pronunció la Corte en una resolución (*Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago*, sentencia del 21 de junio de 2002) a la que acompañé un *Voto razonado*, algunas de cuyas consideraciones son aplicables al presente caso, en cuanto se refieren a principios generales del Derecho penal desatendidos por la legislación aplicada entonces y ahora. Es obvio que la racionalidad penal no entraña, por sí misma, conflicto alguno entre los derechos del inculpado, por una parte, y la seguridad pública y la protección a la víctima, por la otra.

TERCERA
PARTE

MEDIDAS PROVISIONALES

Medidas para preservar derechos

James y otros (Trinidad y Tobago).

Medidas provisionales: Resolución de 14 de junio de 1998

El 22 de mayo de 1998, la Comisión Interamericana solicitó a la Corte medidas provisionales a favor de los señores Wenceslaus James, Anthony Briggs, Anderson Noel, Anthony García y Christopher Bethel, presos y condenados a muerte en Trinidad y Tobago, a fin de que se suspendiera la ejecución de éstos, reclusos en el “pabellón de la muerte”, hasta que la propia Comisión Interamericana examine y resuelva la queja formulada ante ella por los representantes de los reos.

VOTO

Estoy de acuerdo con los términos de la Resolución de la Corte para las medidas provisionales a las cuales este voto concurrente se refiere. Además, tomo nota de las declaraciones que constan en el expediente, en el sentido de que el Estado de Trinidad y Tobago se encuentra bajo ciertos plazos establecidos judicialmente para ejecutar la pena capital, el cual empieza en el momento en que la persona es condenada y sentenciada a muerte. Al respecto, observo que queda un considerable lapso de tiempo antes de que estos plazos expiren en los casos referidos en estas medidas provisionales, así como en aquellas medidas provisionales consideradas previamente por la Corte, en las cuales ha ordenado medidas similares.

Alcance personal de las medidas provisionales

Comunidad de Paz de San José de Apartadó (Colombia). Medidas provisionales: Resolución de 24 de noviembre de 2000

El 3 de octubre de 2000, la Comisión Interamericana presentó a la Corte solicitud de medidas provisionales a favor de los miembros de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, Departamento de Antioquia, Colombia, con el fin de que se protegiera su vida e integridad personal, debido a que habían sido objeto de actos de violencia y hostigamiento por parte de grupos paramilitares. Se había informado sobre 47 asesinatos en el curso de nueve meses, así como actos de intimidación, hostigamiento y violencia en contra de las personas encargadas de transportar alimentos a San José de Apartadó, con el objeto aparente de bloquear el acceso de víveres a la Comunidad.

VOTO*

1. Las medidas provisionales previstas en el artículo 63.1 de la Convención Americana constituyen una pieza fundamental para la efectiva tutela de los derechos humanos. Por ello la propia Convención ha establecido la posibilidad de que la Corte adopte esas medidas no sólo en un proceso que ante ella se desarrolla, sino incluso en el caso de que la controversia no haya llegado aún a su

*Este Voto fue emitido por los Jueces Alirio Abreu Burelli y Sergio García Ramírez, conjuntamente.

conocimiento. La necesidad de brindar amparo adecuado e inmediato a las personas justifica que se anticipe el desempeño jurisdiccional del Tribunal, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

2. El justificado interés por preservar derechos determina que la Convención requiera solamente ciertas condiciones objetivas para la adopción de medidas: que en el caso exista extrema gravedad y urgencia, lo cual tiene que ver con las características de la afectación temida (posible lesión relevante de derechos fundamentales) y con la inminencia de aquélla. El citado artículo 63.1 no fija otros requisitos, que pudieran demorar o impedir la emisión de esas medidas y, por lo tanto, poner en mayor riesgo los derechos humanos que se quiere tutelar.

3. Es verdad que en la mayoría de los casos resulta posible identificar, de manera individual, a las víctimas potenciales de la violación que se pretende impedir. Sin embargo, hay otros supuestos en que resulta difícil, al menos temporalmente, esa individualización precisa. Piénsese, por ejemplo, en las hipótesis en que la amenaza real e inminente se cierne sobre un amplio número de individuos que se hallan en determinada circunstancia o supuesto común, que los expone al riesgo. En tales situaciones es necesario proveer a la protección de los derechos que se hallan en peligro, aunque de momento no se pueda individualizar nominalmente a los sujetos de la tutela provisional, que es siempre, por definición, una tutela urgente.

4. Esa situación corresponde de alguna manera a la que se plantea bajo el concepto de intereses difusos: una pluralidad de individuos comparten determinado interés, jurídicamente relevante, que requiere tutela pública, aunque ninguno de esos sujetos pueda ser considerado como titular de un derecho subjetivo acerca de la prestación o la medida que se pretende o el bien jurídico que se invoca, o no pueda atribuírsele dicha titularidad en forma que excluya a los otros sujetos que se hallan en la misma situación. En esas condicio-

nes, cualquiera de ellos podría acudir al órgano correspondiente y solicitar la adopción de providencias o resoluciones que preserven el interés común. En tal caso funcionaría una *actio popularis* o una acción de clase, conforme a las características que revista este asunto en las específicas circunstancias en que se plantea.

5. En una resolución anterior, la Corte consideró “indispensable individualizar las personas que corren peligro de sufrir daños irreparables, razón por la cual no es factible —agregó el Tribunal— ordenar medidas provisionales de manera innominada, para proteger genéricamente a todos quienes se hallan en determinada situación o que sean afectados por determinadas medidas; sin embargo, es posible proteger a los miembros individualizados de una comunidad”.¹

6. En el presente caso se va más lejos, en una dirección pertinente, y se fija con claridad un criterio de protección que extiende razonablemente el ámbito subjetivo de las medidas provisionales y sirve con mayor intensidad a los propósitos preventivos de este género de medidas, con evidente reconocimiento de lo que implica, en amplio sentido, su naturaleza cautelar. En efecto, se admite ya que las medidas pueden alcanzar a una pluralidad de personas, aunque no se les individualice previamente, que están colocadas, potencialmente, en la situación de ser víctimas de actos de la autoridad o de personas vinculadas, de una u otra forma, con ella.

7. En tal sentido se ha establecido, en el considerando 7 de la Resolución a la que se asocia este Voto concurrente, que la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, en Colombia, que está integrada por “aproximadamente 1200 personas, constituye una comunidad organizada, ubicada en un lugar geográfico determinado, cuyos miembros pueden ser identificados e individualizados y que, por el hecho de formar parte de dicha comunidad, todos sus integrantes se encuentran en una situación de igual riesgo de sufrir actos de agresión en su integridad personal y su vida”.

1. *Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República Dominicana. Caso de haitianos y dominicanos de origen haitiano en la República Dominicana.* Resolución del 18 de agosto de 2000, considerando 8; cfr., asimismo, el *Voto concurrente* del Juez A. A. Cañado Trindade en este mismo asunto.

8. Por lo tanto, la pertenencia al grupo de victimables beneficiarios de las medidas no se hace a partir del conocimiento y la manifestación precisas de cada individuo, en forma nominal, sino bajo criterios objetivos —atentos los vínculos de pertenencia y los riesgos advertidos— que permitirán, a la hora de ejecutar las medidas, individualizar a los beneficiarios. Se trata, en fin, de abarcar el peligro que corren los integrantes de una comunidad, no sólo algunos individuos, como ocurre generalmente. Por otra parte, es preciso tomar en cuenta que dentro de las circunstancias que este caso reviste, y que pudieran caracterizar a otros, los victimables optan por no proporcionar sus nombres, ante el riesgo real de que esa identificación pudiera exponerlos, más todavía, a los daños irreparables que se trata de prevenir.

9. Además de las consideraciones que derivan de la interpretación progresiva del artículo 63.2 de la Convención, cabe invocar, en todo caso, el deber amplio que tiene un Estado —y que justifica la actuación de las autoridades y la expectativa de los individuos— de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y “*garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*” (artículo 1.1), así como a adoptar “*las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (artículo 2).

Alcance personal de las medidas provisionales

Comunidades de Jiguamiandó y Curbaradó (Colombia). Medidas provisionales: Resolución de 6 de marzo de 2003

Se requirió a la Corte adoptar medidas provisionales en favor de los miembros de las comunidades del Consejo Comunitario del Jiguamiandó y las familias del Curbaradó, en el municipio de Carmen del Darién, Departamento del Chocó, en Colombia, para proteger su vida e integridad personal, así como su permanencia en el territorio titulado colectivamente. Los beneficiarios habían sido afectados por acciones de fuerzas paramilitares. La Corte ordenó las medidas solicitadas y dispuso que el Estado investigara los hechos y sancionara a quienes resultasen responsables de ellos.

VOTO*

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha experimentado una apreciable evolución en cuanto al alcance subjetivo de las medidas provisionales adoptadas por dicho Tribunal. Esta evolución sirve adecuadamente a los importantes propósitos que se pretende atender a través de las medidas provisionales.

En nuestro voto concurrente a la Resolución sobre Medidas Provisionales en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, de 24 de noviembre del año 2000, señalamos la pertinencia de ampliar

*Este voto fue emitido conjuntamente por los Jueces Alirio Abreu Burelli y Sergio García Ramírez.

el alcance de las medidas, cuando ello resultara razonable, a fin de que pudieran comprender a un conjunto de personas identificables, aun cuando estas no se hallasen, todavía, individualizadas en forma precisa. En aquella oportunidad dijimos que la razón para proceder en la forma contemplada en nuestro voto particular —y, desde luego, en la propia resolución de la Corte— consideraba el hecho de que la pluralidad abarcada por las medidas se integraba por personas “que están colocadas, potencialmente, en la situación de ser víctimas de actos de la autoridad o de personas vinculadas, de una u otra forma, con ella”.

Asimismo, advertimos que “la pertenencia al grupo de victimables beneficiarios de las medidas no se hace a partir del conocimiento y la manifestación precisas de cada individuo, en forma nominal, sino bajo criterios objetivos —atentos los vínculos de pertenencia y los riesgos advertidos— que permitirán, a la hora de ejecutar las medidas, individualizar a los beneficiarios. Se trata, en fin, de abarcar el peligro que corren los integrantes de una comunidad, no solo algunos individuos, como ocurre generalmente. Por otra parte, es preciso tomar en cuenta que dentro de las circunstancias que este caso reviste, y que pudieran caracterizar a otros, los victimables optan por no proporcionar sus nombres, ante el riesgo real de que esa identificación pudiera exponerlos, más todavía, a los daños irreparables que se trata de prevenir”.

Nos satisface observar que este criterio, recogido por primera vez en la referida resolución correspondiente a la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, es el prevaleciente hoy día, en la jurisprudencia de la Corte, según se advierte en las medidas adoptadas con respecto a las Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó. En este caso, dichas medidas abarcan a un conjunto de personas identificables que, por el hecho de formar parte de una comunidad, se encuentran en situación de grave riesgo. Además, la obligación que tiene el Estado de proteger a los beneficiarios de las medidas no existe solamente en relación con los agentes formales del propio Estado, sino también en relación con actuaciones de terceros particulares que pudieran violentar los derechos de los beneficiarios en la forma que se explica en la resolución a la que corresponde este *Voto Concurrente*.

Sentido y destinatarios de las medidas provisionales

Pueblo indígena Kankuamo (Colombia).

Medidas provisionales: Resolución de 5 de julio de 2004.

Pueblo indígena Sarayaku (Ecuador).

Medidas provisionales: Resolución de 6 de julio de 2004.

Diarios *El Nacional* y *Así es la Noticia* (Venezuela).

Medidas provisionales: Resolución de 6 de julio de 2004.

Emisora de Televisión “Globovisión” (Venezuela).

Medidas provisionales: Resolución de 4 de septiembre de 2004

En estos cuatro casos, a los que se refieren diversas resoluciones de la Corte Interamericana, adoptadas el 5 y el 6 de julio y el 4 de septiembre del 2004, se dispuso el otorgamiento de medidas provisionales a favor de un amplio número de personas, no identificadas pero individualizables, conforme a ciertos criterios objetivos. El Voto que en seguida se transcribe acompañó las tres resoluciones, destacando el tema común que éstas contienen: sentido y destinatarios de las medidas provisionales.

VOTO

1. En los últimos años, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que recibe la tradición de etapas precedentes y se beneficia de ella, ha incorporado novedades en

diversos temas relevantes. Los nuevos criterios de la Corte concurren a ensanchar el horizonte de la tutela de los derechos humanos en forma consecuyente con los valores que preserva el Derecho Internacional de la materia, siempre en el marco que suministra la Convención Americana. Las medidas provisionales figuran entre los temas transitados por la jurisprudencia de la Corte.

2. En este ámbito, las medidas provisionales atienden a las necesidades generales del enjuiciamiento y a los objetivos y requerimientos característicos del sistema tutelar de los derechos humanos. Por ello sirven a un doble designio: a) el genérico, propio de cualquier enjuiciamiento —así como de los procedimientos preparatorios del proceso—, cifrado en la preservación de la materia de éste, el aseguramiento de las pruebas, la presencia de los participantes, etcétera; y b) el específico, que resulta de las necesidades propias del sistema tutelar de los derechos humanos, al amparo del artículo 63.2 de la Convención Americana.

3. Bajo este último concepto, las medidas provisionales se encauzan a preservar bienes jurídicos frente al asedio de peligros inmediatos. Se actualizan en casos de extrema gravedad y urgencia, cuando se haga necesario evitar daños irreparables. En otras ocasiones se ha ocupado la Corte Interamericana en examinar estas referencias determinantes de la medida precautoria: gravedad, urgencia, inminencia de daño irreparable. Hay diversas cuestiones que examinar a este respecto, además de aquellos presupuestos de las medidas, a saber: prueba requerida, beneficiarios de las providencias, entidad de éstas, carácter vinculante de las resoluciones precautorias de la Corte, duración, ejecución, supervisión, por ejemplo. En distintas oportunidades he analizado estas cuestiones, abordadas por la jurisprudencia.

4. Evidentemente, uno de los extremos destacados en el sistema de las medidas provisionales que dispone la Corte Interamericana, al que ciño este *Voto concurrente* a varias resoluciones emitidas en

un mismo período ordinario de sesiones, es el relativo a los destinatarios de las medidas. Tradicionalmente, la Corte sostuvo que dichos destinatarios deberían identificarse individualmente, para que fuese posible disponer la medida y proveer a su cumplimiento. Sin embargo, se observó que en diversas hipótesis existe, en efecto, una situación de extrema gravedad y urgencia, asociada a la posibilidad —más todavía: probabilidad— de que los bienes comprometidos sufran daño irreparable, y no es factible establecer inmediatamente —en la circunstancia de apremio que explica y justifica las medidas— la identidad exacta de los destinatarios. Se trata, en estos casos, de cierto número de personas que se hallan sujetas a un mismo y grave peligro.

5. Si se aguardase hasta que fuera posible identificar individualmente a quienes experimentan ese peligro de grave e irreparable lesión de bienes jurídicos —recogidos en sendos derechos—, se correría el riesgo de que se consumara la lesión sin que el Tribunal hubiese intervenido para evitarla, no obstante hallarse al tanto de que es probable e inminente, no sólo posible, que eso suceda. De esta suerte, un tecnicismo superable impediría que la Corte actuase con celeridad para cumplir su auténtica encomienda: prestar el escudo de su poder jurisdiccional a los derechos que se hallan en riesgo. Difícilmente se podría sostener que esa abstención es consecuente con la misión tutelar que corresponde a la Corte Interamericana.

6. De ahí el giro notable que experimentó la jurisprudencia de la Corte a partir de la resolución sobre medidas provisionales dictadas en el *Caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), el 24 de noviembre de 2000. Esta resolución extendió por primera vez el beneficio de las medidas a los integrantes de un grupo de personas sujetas a un mismo riesgo, no individualizadas, pero identificables a la luz de ciertos datos objetivos que permiten precisar su identidad. Con ello la jurisprudencia de la Corte dio un gran paso adelante en la protección verdadera de los derechos humanos, que no se satisface con la reparación de los agravios ya

inferidos, sino requiere, ante todo, actuar con oportunidad, suficiencia y diligencia para evitar que se causen.

7. En ese caso, mi colega el Juez Alirio Abreu Burelli y yo expusimos en un *Voto razonado concurrente* los antecedentes, las pretensiones y las características del nuevo alcance subjetivo de las medidas provisionales, que ciertamente no contraviene las estipulaciones de la Convención, sino interpreta sus fines y ajusta a ellos las decisiones judiciales. En ese *Voto* trajimos a colación la similitud que existe, *mutatis mutandi*, entre los intereses difusos sujetos a protección jurídica y los derechos afectables de los individuos que figuran en un grupo más o menos numeroso de personas, así como la conexión que pudiera existir, también relativamente, entre una acción popular para proteger derechos de los miembros de una colectividad y la gestión urgente de esos derechos a través de la petición de medidas provisionales.

8. El criterio adoptado en el *Caso de San José de Apartadó* ha sido aplicado por la Corte en otros casos. Con ello se ha afirmado su pertinencia y se ha permitido que esta institución tutelar evolucione de manera adecuada al designio que la inspira. En *San José de Apartadó* se trataba de una comunidad de paz, cuyos integrantes —varios centenares de personas— estaban vinculados por cierto asiento geográfico, que podía variar, y determinadas decisiones comunes, de las que provenía el riesgo individual y colectivo. En casos posteriores han aparecido otros datos para el análisis del grupo cuyos integrantes se benefician de medidas provisionales: puede tratarse, como en efecto ha ocurrido, de una comunidad indígena, de una población de adultos reclusos o de menores infractores, de un conjunto de trabajadores que ejercen sus actividades en determinado centro, y así sucesivamente. Todas estas hipótesis constituyen otros tantos ámbitos para el despliegue de las medidas provisionales, exactamente por los motivos y razones que sustentaron la decisión de la Corte Interamericana en el *Caso de San José de Apartadó*.

9. En los tres casos sobre los que versan las resoluciones a las que acompaña este *Voto*, se aprecian las condiciones que permiten disponer medidas provisionales bajo el criterio adoptado en *San José de Apartadó*. En todos ellos existe, a juicio de la Corte, un grave peligro común a los integrantes del grupo y se plantea la necesidad de disponer medidas provisionales para evitar daños irreparables a las personas que integran ese grupo, no individualizadas, pero identificables en función de los datos —la comunidad de situación, que implica, en la especie, comunidad de peligro— que se tienen a la mano y se exponen en la resolución. En dos supuestos se trata de grupos étnicos; en otro, de un conjunto de trabajadores. Esta variedad en las categorías de destinatarios, caracterizados, sin embargo, conforme a elementos que les confieren congruencia y unidad, pone de manifiesto la pertinencia del camino iniciado en el *Caso de San José de Apartadó*, cuatro años atrás.

Situación carcelaria. Preservación de la vida de los reclusos. El Estado como garante. Responsabilidad agravada

Cárcel de Urso Branco (Brasil).

Medidas provisionales: Resolución de 7 de julio de 2004

En la prisión de Urso Branco (Estado de Rondônia, Brasil) se han registrado hechos de extrema violencia, entre ellos la privación de la vida de muchos reclusos, que han motivado la adopción de medidas provisionales. Estas no fueron adecuadamente cumplimentadas. Las violencias continuaron. La Corte celebró una audiencia para escuchar los informes y consideraciones de las partes y reiterar la necesidad de adoptar medidas que preserven, ante todo, la vida de los reclusos.

VOTO

Ante la grave situación que guardan los internos y otras personas en la Casa de Detención José Mario Alves, conocida como Cárcel de Urso Branco, ubicada en la ciudad de Porto Velho, Estado de Rondônia, Brasil, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó, a solicitud de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diversas medidas provisionales en Resoluciones del 18 de junio de 2002, 29 de agosto del mismo año y 22 de abril de 2004, a las que se agregan las cartas remitidas al Estado por la propia Corte el 6 de marzo de 2003, el 1 de mayo del mismo año y el 7 de enero de 2004.

La primera Resolución de la Corte Interamericana en materia de medidas provisionales tomó en cuenta, entre otras situaciones graves de urgente atención, la frecuencia con que se habían perpetrado homicidios en dicho penal, y la forma en que ocurrieron. Los fallecimientos se habían presentado en circunstancias de gran violencia y notoria pérdida de control de la prisión por parte de las autoridades correspondientes. Fue por ello que la Corte estimó pertinente adoptar medidas provisionales destinadas, ante todo, a preservar la vida y la integridad de los reclusos de la Cárcel de Urso Branco.

No obstante las reiteradas instancias de la Corte Interamericana, no se ha logrado la corrección de las condiciones prevalentes en esa institución. Los más recientes informes hacen saber que han continuado los actos de violencia, con resultados fatales: persiste la comisión de homicidios y otros hechos de suma gravedad. Aparentemente, estas condiciones han prevalecido a lo largo de más de dos años, periodo en el que fueron dictadas las resoluciones de la Corte en materia de medidas provisionales, además de las medidas cautelares solicitadas previamente por la Comisión Interamericana.

En vista de estos hechos, la Corte convocó a una audiencia que tuvo lugar en la sede del Tribunal, en San José, Costa Rica, el 28 de junio del 2004, para escuchar los informes que sobre esa situación rindieran los representantes de los internos en la Cárcel de Urso Branco, que han actuado como peticionarios, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado.

En esta oportunidad, los integrantes de la Corte escuchamos diversos planteamientos que obligan a mantener el estado de alerta sobre el riesgo cierto y notorio de que continúen los hechos en el interior de la prisión. Asimismo, se dio noticia sobre las medidas que está adoptando o se propone adoptar el Estado federal en el ámbito de su propia competencia, así como aquellas otras que tiene a su cargo la autoridad carcelaria local, tomando en cuenta que la administración de los penales compete, conforme a la legislación nacional, a las instancias locales, no a las autoridades federales.

En esa misma audiencia, que presidí, me permití mencionar el interés con el que los Jueces escuchamos los trabajos que se tiene previsto emprender o que efectivamente han comenzado para modificar las condiciones de la vida carcelaria. Hice notar el aprecio que merecen esas iniciativas, así como las propuestas de coordinación entre autoridades y peticionarios, con participación de otros sectores, para llevar adelante la reforma carcelaria. Al mismo tiempo, puse énfasis en que, como lo habían expresado los participantes en la audiencia—inclusive los señores representantes del Estado—, resultaba verdaderamente inaceptable la situación prevaleciente en Urso Branco. La verdadera buena noticia que la Corte esperaba conocer, como resultado de la reiteración de las medidas provisionales—que se hace en la Resolución a la que acompaño este razonamiento—, sería que han cesado absolutamente las pérdidas de vidas y los daños a la integridad personal de los internos. Ninguna otra información podría suplir a ésta, que toca directamente el asunto de mayor preocupación para la Corte Interamericana, que determinó la solicitud y la disposición de medidas provisionales.

Bien que haya reforma penitenciaria, se expida una nueva legislación de la materia, se provea a la clasificación de los internos, se modernicen las instituciones penitenciarias, se haga un cuidadoso reclutamiento de los funcionarios encargados de la custodia y ejecución de penas, existan sustitutos adecuados para la pena de prisión, se franquee la visita a los presos en condiciones dignas, haya servicio médico que preserve la salud de los reclusos, se establezcan centros escolares, talleres y unidades de trabajo. Todo eso, y más todavía, es absolutamente indispensable, porque refleja los estándares actuales en materia de privación de la libertad, cautelar o penal, medida severamente cuestionada en la actualidad.

Pero nada de eso, que es preciso realizar cuanto antes, puede suplir la inmediata adopción de las medidas necesarias para evitar que se presente una sola muerte más en la Cárcel de Urso Branco. Así lo expuse en la conclusión de la audiencia a la que me he referido, y así lo expreso ahora, a través de este razonamiento, que

anticipé al concluir la misma sesión. Al emitir la actual Resolución sobre medidas provisionales, que sigue a las otras adoptadas a lo largo de dos años, la Corte ha tenido en mente ese resultado inmediato y concreto. Evidentemente, no se trata aquí, como pudiera suceder en el caso de otras reformas o progresos, de alcanzar paulatinamente determinadas metas. Se trata, precisa y directamente, de asegurar en forma total, con el pleno empleo de los medios legítimos para ello, la preservación de la vida de todos y cada uno de los internos de Urso Branco —y de otras personas que corran riesgo de perder la vida o ver afectada su integridad—, cualquiera que sea su situación jurídica.

No sobra recordar, como sustento de la Resolución de la Corte, las obligaciones específicas del Estado cuando se trata de personas privadas de libertad y colocadas bajo la íntegra custodia de aquél. En estos casos el Estado tiene —como lo ha dicho el Tribunal en diversas resoluciones— una función de garante con respecto a quienes han quedado bajo su cuidado. Es preciso considerar que estas personas se hallan sujetas en forma completa a la autoridad inmediata del Estado y a la conducta activa u omisiva de sus agentes, no tienen capacidad real de proveer a su propia seguridad y defensa, y por ello suelen confrontar contingencias abrumadoras. La preservación de sus derechos compete integralmente al Estado garante. La peculiar posición de desvalimiento en que se hallan los internos impone deberes especiales de cuya puntual observancia dependen no sólo el bienestar de aquéllos, sino también y sobre todo, como hemos visto, su vida misma. Esto es lo que ocurre en reclusorios para adultos, centros de detención de menores, instituciones para enfermos mentales y otros planteles en los que existe, de una u otra manera, bajo diversos títulos, privación de libertad y encomienda del sujeto a las autoridades públicas.

Es claro que el Estado tiene, en relación con todas las personas situadas en el ámbito al que alcanza su jurisdicción, el deber de reconocer, respetar, proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas. Ahora bien, esta obligación estatal adquiere

un acento mayor cuando los individuos se hallan en estado de dependencia o subordinación completa y directa con respecto a los agentes del Estado, como notoriamente sucede en las hipótesis a las que me he referido, en las que se presenta una relación jurídica y material entre la autoridad y el particular que no existe, con las mismas características, en la generalidad de los casos.

De ahí la posición reforzada de garante que asume el Estado, y de ahí también la acentuada responsabilidad de éste con respecto a los sujetos que se hallan bajo su cuidado, de la que puede derivar, por este motivo específico, una responsabilidad “agravada”. En otra ocasión he aludido a esta responsabilidad —que se traduce en las consecuentes reparaciones—, derivada de la especial gravedad de las infracciones, tomando en cuenta las circunstancias en que han ocurrido, la forma en que se han cometido, las características de las víctimas y otros datos que pudieran concurrir a asignarle, razonablemente, esa calificación. Este concepto se puede analizar, igualmente, a la luz de la relación específica que existe entre la autoridad y el individuo, como sucede ahora.

Lamentablemente, la situación que he descrito no corresponde solamente a una prisión. Dista mucho de ser un caso excepcional. Corresponde a un estado de cosas ampliamente observado, deplorado y censurado, pero no corregido, en muy diversos lugares de distintos países. Las normas y los discursos penitenciarios chocan sistemáticamente con la realidad de los reclusorios. Está pendiente, en términos generales, una inmensa obra reivindicadora de los derechos humanos en estas instituciones, prácticamente dondequiera. Esta situación no sólo milita contra derechos fundamentales, sino pone en predicamento a la justicia penal en su conjunto, una de cuyas expresiones más dramáticas —no la única, por supuesto— es la privación de libertad. Ésta coloca a quien la padece a merced de las circunstancias, que pueden llegar a ser anárquicas, si no interviene el Estado para impedirlo y organizar la vida en reclusión. El discurso y las normas penitenciarios chocan brutalmente con la realidad de muchas de nuestras prisiones. Esto debe cambiar, pronto y a fondo.

Como ahora se trata únicamente de medidas provisionales acerca de un reclusorio local, no es posible ir más lejos. Tampoco me corresponde hacerlo en un *Voto* agregado a una resolución jurisdiccional de ese carácter. Aquí me limito a recoger, conforme lo manifesté en la audiencia del 28 de junio de 2004, la más profunda preocupación por la suerte de personas cuya vida depende de la voluntad, constancia y eficacia de las autoridades que tienen la encomienda de garantizar, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos —y a la legislación interna, desde luego— la protección de sus bienes jurídicos principales, que aquéllos, por sí mismos, no pueden asegurar.

REFLEXIÓN FINAL

Los textos reunidos en los capítulos precedentes ofrecen un panorama útil sobre la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ese panorama no se altera por el hecho de que se trate de votos individuales, razonados y concurrentes, de un juez de la Corte. En efecto, en este material se informa acerca de los criterios sustentados por el Tribunal en numerosas opiniones consultivas, sentencias de casos contenciosos y resoluciones a propósito de medidas provisionales, se muestra la evolución que en diversos extremos ha presentado esa jurisprudencia y se avanza en el desarrollo de aquellos criterios, sus posibles implicaciones, las novedades que aportan y los caminos que abren para el desenvolvimiento de la jurisdicción interamericana en el futuro cercano. Existe, pues, un corte en torno al estado que guarda la jurisprudencia, examinada desde la perspectiva de un juzgador que se ha desempeñado en este cargo durante más de siete años.

La atención de la Corte ha cubierto los más diversos campos, en la medida en que lo han permitido o propiciado el “perfil de las violaciones” y los planteamientos formulados ante los órganos protectores de derechos humanos del sistema interamericano. Se observa una mayor diversidad en las peticiones formuladas ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo cual ha favorecido, a su turno, el tratamiento de nuevos temas por parte de la Corte. En los primeros años del

ejercicio jurisdiccional de ésta —en lo que atañe a casos contenciosos— hubo cierto número de demandas motivadas por violaciones a derechos radicales de primera generación: vida, libertad, integridad, por ejemplo. Se sucedían los casos referentes a privación arbitraria de la vida, individual o colectiva, detención ilegítima, desaparición forzada, ataques contra la integridad física o psíquica.

No han desaparecido las transgresiones de ese carácter primitivo, pero también ha llegado al conocimiento de la Corte un nuevo contingente de casos, sea porque los planteamientos faciliten el examen de puntos no abordados anteriormente con respecto a violaciones de corte tradicional, sea porque las demandas alleguen al Tribunal transgresiones de otros derechos civiles o políticos —así, por ejemplo, libertad de expresión—, sea porque surjan, de manera más o menos incipiente, pero ya significativa, litigios en torno a puntos que se hallan en la frontera con los derechos de segunda generación o avanzan sobre éstos. En efecto, la Corte se ha pronunciado cada vez más —también por ejemplo— en torno a derechos individuales enmarcados por derechos colectivos de miembros de comunidades indígenas, implicaciones culturales del desconocimiento de derechos humanos, derechos laborales o derivados de éstos, cuestiones concernientes a jubilados o pensionados, etcétera. Todo esto ensancha apreciablemente la deliberación de la Corte y establece nuevos rumbos para la jurisprudencia interamericana, que repercute en la consideración nacional de los temas analizados.

Es importante observar el contexto en el que surgen y avanzan los procedimientos tutelares de los derechos. Hubo un tiempo en que la circunstancia presentaba fuertes componentes autoritarios. Evidentemente, éstos incidían sobre el respeto y la garantía de los derechos humanos. Democracia y derechos fundamentales van de la mano: lo mismo cuando declinan que cuando progresan. Hoy día se ha retraído el autoritarismo y avanzado la democracia formal, esto es, la vertiente política de la democracia. Este fenómeno trae nuevos temas e interrogantes. Una cosa es la tutela de los de-

rechos bajo regímenes autoritarios; otra, la protección de aquéllos en las democracias emergentes o consolidadas. Sin embargo, “derechos humanos son derechos humanos”: el estado de necesidad del autoritarismo no tiene correspondencia admisible en un estado de necesidad que altere el respeto a los derechos y las libertades en regímenes democráticos. No puede ceder la exigencia: por el contrario, la democracia debe mostrar su verdadero rostro y probar la veracidad de sus promesas y resultados a través del *test* natural que implica la observancia rigurosa de los derechos humanos.

No es fácil recoger en pocas líneas los pronunciamientos principales de la Corte y las aportaciones más significativas que éstos entrañan. Conviene, sin embargo, recordar algunas cuestiones descollantes. Entre ellas figura, por supuesto, el reconocimiento de que el derecho a la vida implica más que la prohibición terminante de privación arbitraria de la existencia. Ese derecho demanda la creación de condiciones adecuadas para el desarrollo de la vida, que el Estado debe favorecer y fortalecer: con abstenciones, ciertamente, pero también con acciones y promociones que significan una nueva área de responsabilidades del poder público. Si esto es así en la hipótesis de los ciudadanos adultos, lo es más todavía —o no lo es menos— en el supuesto de los niños y adolescentes, cuyo desenvolvimiento acentúa la función promotora y garantizadora del Estado social de Derecho. Aquí se trata de poner en movimiento otra versión de la democracia: en un sentido social o integral.

En cuanto a la tutela de la integridad personal, los pronunciamientos de la Corte han llevado adelante las conclusiones derivadas de las primeras sentencias: hoy existe un concepto más fino y penetrante acerca de la integridad psíquica y de las alteraciones, no materiales o físicas, que puede acarrear la violación de ciertos derechos básicos del individuo. Se ha avanzado en el examen de la tortura y de los tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, proscritos por el *jus cogens* internacional, sin salvedades ni distinciones. No hay espacio alguno para la tolerancia o la justificación de estas prácticas desahuciadas.

En cuanto a la libertad, la jurisprudencia de la Corte provee un régimen de tutela cada vez más amplio y realista. Desde los primeros momentos, el Tribunal ha establecido un franco y absoluto rechazo de la desaparición forzada, ilícito de carácter continuo o permanente con el que se incurre en violación de diversos derechos y libertades consagrados en la Convención Americana. El carácter permanente de la violación principal en supuestos de desaparición forzada, revisado en diversas sentencias, mantiene viva la violación y exigible el procesamiento y la sanción de los responsables. Del Derecho penal se toma la idea de que estos ilícitos permanentes implican continuidad en el ataque al bien jurídico protegido, a la libertad o el derecho consagrados, y por lo tanto resisten diversos argumentos vinculados con el reconocimiento de la competencia *ratione temporis*, salvo cuando se haya formulado restricción expresa —como ha sucedido en algunos casos, reflejados en la jurisprudencia— en función del llamado “principio de ejecución” de la falta.

En la jurisprudencia interamericana se halla presente, con la mayor frecuencia, el tema del debido proceso legal, sobre todo en sede penal, aun cuando la Corte ha sabido proyectar las exigencias del debido proceso a otros ámbitos del enjuiciamiento —administrativo, por ejemplo—, lo cual representa un notorio avance garantista. En este orden de consideraciones ha sido relevante el estudio del juez natural y de las características de independencia, imparcialidad y competencia que acoge el artículo 8 del Pacto de San José. En este ámbito se ha rechazado enfáticamente el enjuiciamiento de civiles por parte de tribunales militares; éstos sólo pueden intervenir cuando vienen al caso delitos de función, asociados con el desempeño profesional —militar— de los agentes y con la naturaleza de los ilícitos —delitos que atañen a la disciplina castrense. También se ha desechado la figura de los jueces o tribunales “sin rostro”, incorporados al enjuiciamiento penal destinado a esclarecer delitos sumamente graves.

La Corte ha reconocido claramente el derecho-deber del Estado de brindar protección a la sociedad contra conductas crimi-

nales y sostener la integridad y eficacia de las funciones públicas. Esta misión, que entraña aspectos preventivos y punitivos, constituye un dato esencial de la organización política. Ahora bien, el Tribunal ha afirmado con el mismo énfasis que la protección de la sociedad y de las instituciones públicas no autoriza la decadencia del Estado de Derecho y el menoscabo de los derechos fundamentales. Existe la posibilidad de suspender la vigencia de ciertos derechos por los medios previstos en el Pacto de San José, que contiene cuidadosas acotaciones de esa delicada atribución del Estado. En la jurisprudencia de la Corte Interamericana figura la preservación de los instrumentos judiciales —*habeas corpus*, amparo— destinados a la protección de derechos fundamentales, inclusive en circunstancias de emergencia.

Existen resoluciones notables en las que se examina el principio de legalidad penal, piedra de toque del sistema punitivo construido al cabo del absolutismo, que se valió del arbitrio de la autoridad para someter a los ciudadanos y cercenar sus derechos y libertades. El imperio de la legalidad penal trae consigo —afirma la Corte— una exigencia de pulcritud y precisión en la descripción típica de las conductas punibles. En algunos casos se ha condenado el empleo de caracterizaciones vagas, insuficientes, o la formulación de figuras penales superpuestas o confundidas con otras, bajo el designio de ajustar la persecución penal a condiciones de mayor severidad. Es interesante el concepto emitido por la Corte, en un caso reciente (Caso de De la Cruz Flores), acerca de la exclusión penal del acto médico, fundada en la naturaleza de éste, que no admite la adjudicación de consecuencias punitivas al ejercicio de una profesión que se concentra en la preservación de la vida y la salud de las personas.

También se ha estudiado la adecuación de las punibilidades legales y de las penas efectivamente impuestas a las características del hecho punible y a la conducta específica del autor del delito. La posibilidad de explorar esta materia deriva tanto de las restricciones a la imposición de la pena de muerte, previstas por el artículo 4 de la Convención Americana, como de la observancia del

principio de proporcionalidad y racionalidad en el régimen de las sanciones, que debe atender a la entidad de los bienes jurídicos tutelados, a la gravedad del ataque cometido, a las circunstancias y características de la conducta del agente y a otros datos de los que se desprenden diferencias que no deben pasar inadvertidas para el legislador o para el juzgador. La Corte ha rechazado el empleo indiscriminado de las mismas sanciones para hipótesis delictivas que ameritan tratamiento diferenciado, por contravenir los principios del sistema penal en una sociedad democrática, conforme a las definiciones que derivan de la Convención Americana. Tal ha sido en caso de la llamada *Mandatory Death Penalty*.

Tampoco es admisible —y así lo ha establecido la Corte Interamericana— el empleo de castigos superados por la evolución de las ideas y las prácticas penales, que alguna vez fueron extensamente utilizados. Se trata, en la especie, de la sanción de azotes por medio del llamado “gato de nueve colas”, que se mantiene en la legislación de algunos países del área americana. El Tribunal ha señalado que estos castigos constituyen tortura, o bien, en todo caso, trato cruel, inhumano o degradante. Al examinar esta materia, así como la correspondiente a la *Mandatory Death Penalty*, la Corte ha hecho apreciaciones importantes acerca de la persistencia de normas contraventoras de derechos humanos en la legislación ordinaria, no obstante las disposiciones más favorables recogidas en la legislación constitucional de los Estados correspondientes.

Son inaceptables los juicios practicados ante tribunales que carecen de los elementos inherentes a un verdadero órgano jurisdiccional conforme a las convicciones, disposiciones y prácticas de una sociedad democrática. Tampoco es admisible el apartamiento de las formas que nutren el debido proceso legal, un concepto que se expande al empuje de las circunstancias y los requerimientos garantistas. La jurisprudencia ha incluido en aquel concepto nuevos elementos, a la luz del principio *pro homine*. Así ha sucedido, por ejemplo, con el derecho de los detenidos extranjeros a recurrir a la asistencia consular, de manera oportuna y suficiente. El enjuiciamiento —o aparente enjuiciamiento— que se desentien-

de de los principios y las reglas del debido proceso no constituye un cimiento admisible para dotar a la sentencia con autoridad de cosa juzgada. De aquí derivan la nulidad del enjuiciamiento irregular y la invalidez de la sentencia. La cosa juzgada se justifica, en fin de cuentas, por la legitimidad de los medios —medios del enjuiciamiento legítimo— utilizados para alcanzarla.

En la exploración del debido proceso, la jurisprudencia de la Corte ha debido examinar prácticamente todos los datos relevantes del enjuiciamiento: equilibrio entre las partes, función de la policía y otros órganos públicos que realizan tareas de investigación, control judicial de ésta, régimen de la prueba, defensa letrada oficial y particular, legitimación de las víctimas para intervenir en investigaciones y enjuiciamientos —al amparo del derecho de acceso a la justicia—, plazo razonable, recurso amplio ante un tribunal superior, medidas precautorias para asegurar la marcha del proceso y la protección de diversos bienes jurídicos, etcétera. El debido proceso, la observancia de las garantías judiciales y la tutela jurisdiccional rápida y efectiva de los derechos fundamentales —conforme al artículo 25 de la Convención Americana— constituyen temas muy frecuentemente abordados por los fallos de la Corte. Las resoluciones de ésta han informado diversos desarrollos del Derecho interno.

En la abundante jurisprudencia acerca de estos extremos figura también, como no podía ser menos, la fijación de criterios restrictivos sobre el empleo de la prisión preventiva. Es importante destacar el examen específico que ha hecho la Corte a propósito de la condición del Estado como garante de los derechos de los detenidos —con todas las consecuencias: acciones y omisiones— que esa calidad entraña. Conviene ponderar la creciente presencia de cuestiones derivadas del mal estado de las prisiones, que propicia graves violaciones de los derechos de reclusos y terceros. En años recientes, la violación de derechos de los prisioneros —más allá de la detención indebida, exenta de control judicial— se ha convertido en otro tema frecuentemente planteado. En pronunciamientos de diversa naturaleza —sentencias de fondo, resoluciones sobre

reparación, medidas provisionales—, la Corte ha destacado la absoluta necesidad de revisar seriamente el estado que guardan los reclusorios y proveer a una verdadera reforma, que implica adopción de nuevas políticas y ejecución de medidas en el amplio frente carcelario.

Ha ocupado a la Corte, prácticamente desde siempre, el problema que representa la impunidad por violación, a menudo muy grave, de los derechos humanos. El Tribunal de esta especialidad enjuicia a los Estados y fija la responsabilidad internacional de éstos, pero también señala la pertinencia de cumplir el deber público de “justicia penal” —tema que abordan varios votos contenidos en esta obra— con respecto a los responsables individuales de las infracciones cometidas. Al respecto, la Corte ha rechazado ciertos obstáculos de derecho interno enderezados a evitar las consecuencias penales de las violaciones perpetradas. Es relevante el criterio adoptado por el Tribunal a propósito de las denominadas “autoamnistías” —constantemente reprobadas—, así como en torno a otras figuras que tienden a impedir la investigación, obstruir el enjuiciamiento o detener la ejecución de las condenas. En este orden figuran algunos de los más notables pronunciamientos de la Corte, acogidos por varios Estados en su propia jurisprudencia.

En materia de libertad de expresión, el Tribunal ha tenido oportunidad de emitir resoluciones de gran relevancia. Estas se relacionan con el empleo de los medios masivos de comunicación, el ejercicio del periodismo, la formulación de imputaciones en el curso de una contienda política, la censura previa, entre otras cuestiones. En un voto recogido en la presente obra se examinan con cierto detalle las implicaciones jurídicas del desempeño informativo del periodista con respecto a personas que realizan funciones públicas y se hallan sujetas, por lo tanto, a un escrutinio social más penetrante. Esto enlaza con la responsabilidad del difusor de las noticias o informaciones. En el voto aludido se plantea la conveniencia de utilizar ante todo las reacciones civiles en caso de posible responsabilidad de aquél, mejor que emplear la vía punitiva ordinaria, que debe quedar rigurosamente limitada conforme a

las orientaciones de minimalismo penal características de la sociedad democrática.

El derecho a la propiedad también forma filas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Esta se ha ocupado en establecer el alcance del artículo 21 de la Convención Americana, examinando cuidadosamente los problemas que suscita la tenencia colectiva de la tierra, de la que derivan —o que implica— derechos individuales fundados en el orden consuetudinario, que a su vez abreva en datos culturales profundamente arraigados en las comunidades indígenas americanas. También se ha establecido la tutela de la posesión de bienes muebles, en el marco de la protección al derecho de propiedad. Un tema importante en este mismo ámbito es el correspondiente a los derechos adquiridos conforme a disposiciones cuya vigencia ha cesado.

En la reflexión sobre el propio enjuiciamiento interamericano de derechos humanos, la Corte ha debido resolver múltiples cuestiones que atañen a los poderes del órgano jurisdiccional y a la intervención y actuación de las partes, así como a la prueba allegada al Tribunal. En este sentido, hay creciente atención hacia los medios de solución parcial, unilateral o bilateral, de la controversia. Esto plantea temas relevantes acerca del alcance de los poderes de las partes para determinar la conclusión anticipada del juicio o construir una solución alterna, como sucede en los supuestos de desistimiento, allanamiento o acuerdo *inter partes*. La Corte ha precisado los límites que tienen un allanamiento o un acuerdo entre partes, en función de la tutela material de los derechos humanos, que es un dato de orden público para el sistema interamericano. También se ha provisto sobre las características de la prueba aportada al enjuiciamiento internacional y acerca de las reglas para la apreciación de la prueba, que la Corte somete al régimen de sana crítica.

Conviene tomar en cuenta las apreciaciones formuladas por el Tribunal acerca de su propia competencia, en general o en casos específicos. Esto implica la valoración de reservas o restricciones al conocimiento establecidas por los Estados a la hora de ratificar la

Convención o adherirse a ella, o al tiempo de operar la cláusula facultativa y aceptar la jurisdicción contenciosa del Tribunal. Desde luego, la Corte ha privado de eficacia a las reservas o restricciones competenciales que afectan el objeto y fin del tratado o subordinan la justicia interamericana a decisiones internas que constituyen, en realidad, un modo de impedir el control jurisdiccional internacional. También ha definido el Tribunal la posibilidad de invocar tratados diferentes de los que le atribuyen expresa competencia material: esos tratados —por ejemplo, como ya señalé, los correspondientes al Derecho internacional humanitario o a los derechos del niño— pueden ser invocados a fin de interpretar las disposiciones del Pacto de San José, pero no se hallan sujetos a aplicación directa por parte de la Corte.

En múltiples oportunidades se ha llegado a definiciones relevantes a propósito de las reparaciones que son consecuencia de la violación de derechos y libertades. Este es un campo constantemente transitado por las jurisprudencias de la Corte, que ha llevado a cabo una muy apreciable interpretación del artículo 63.1 de la Convención Americana. Los criterios acuñados en este sector, que se recogen en varios votos individuales contenidos en la presente obra, tienen que ver con las tradicionales indemnizaciones por daños materiales o inmateriales —concepto que ha sustituido convenientemente al de daño moral—, pero también con otras medidas de prevención y cesación de violaciones —que pudieran prolongarse a través de leyes o sentencias incompatibles con la Convención—, satisfacción honorífica, adopción de medidas de beneficio social a partir del caso individual y de la lesión concreta, revisión de políticas públicas, introducción de nuevas medidas protectoras de los derechos, eficacia en acciones de justicia, etcétera. En este orden, como en otros, viene al caso el examen sobre el concepto de víctima de la violación y el análisis de los derechos a resarcimiento que pudieran tener personas a las que, en principio, no se atribuye o reconoce la condición de víctimas.

En materia de medidas provisionales existe un apreciable desarrollo a propósito de los bienes sujetos a este régimen de protec-

ción precautoria, el alcance objetivo y subjetivo de dichas medidas, la organización y aplicación de éstas, la supervisión sobre su cumplimiento y otros aspectos importantes. En algunos votos individuales se informa acerca de un paso delante de notable relevancia en el sistema de medidas provisionales: el posible alcance subjetivo de éstas, anteriormente muy restringido, a fin de favorecer —con un claro designio defensor de derechos humanos— a potenciales víctimas de violación aún no identificadas, pero individualizables. Este es uno de los progresos más apreciables en esta materia.

Concluiré con una referencia a los temas examinados en las tres más recientes opiniones consultivas emitidas por la Corte: *OC-16/99*, *OC-17/2002* y *OC-18/2003*. Como ya manifesté, se trata de opiniones de gran alcance, que abarcan hipótesis relevantes para grandes grupos de individuos que se hallan, por diversos motivos, en una situación vulnerable. La *OC-16* amplió la caracterización corriente del debido proceso legal e incluyó bajo éste el conocimiento del detenido extranjero sobre el derecho que tiene a recibir asistencia consular. Este criterio, recibido por numerosos Estados y coincidente con el después adoptado por la Corte Internacional de Justicia en los casos contenciosos interestatales *La-Grand* (Alemania *vs.* Estados Unidos) y *Avena* (México *vs.* Estados Unidos), significa un gran paso adelante en la tutela de los derechos del inculpado, semejante al que introdujo, en su hora, la famosa cláusula *Miranda*, que tan poderosa influencia ha ejercido en el enjuiciamiento penal norteamericano y en sus correspondientes de otros países. Los razonamientos de la Corte Interamericana trajeron vientos renovadores al ámbito del debido proceso, de los deberes de los Estados y de los derechos de los individuos.

La *OC-17* examinó la situación jurídica y los derechos de los menores de edad, y particularmente de aquellos que se hallan sujetos a cierto enjuiciamiento con motivo de la conducta que realizan en contravención de las normas penales internas. Esta opinión consultiva —que tiene cercanía con los temas abordados en varios casos contenciosos, a los que también se refieren algunos votos recogidos en esta obra— propone un amplio panorama a considerar

en el campo de los derechos y garantías de los menores de edad. Por una parte, acoge la idea de que los niños y adolescentes se hallan sujetos a un régimen especial de protección integral, que reconoce el interés superior de aquéllos y dispone acciones para alentar su desarrollo, régimen que entraña particularidades procesales y sustantivas, y por otra parte, reivindica con decisión la observancia de los derechos de los menores de edad, que no pueden quedar al garete o entregarse a la discreción de las autoridades correspondientes. En tal virtud, la opinión consultiva mencionada milita en el mismo sentido de las mejores reformas contemporáneas en esta materia.

Finalmente, la *OC-18* tiene a la vista uno de los temas de mayor visibilidad y complejidad en la era actual: corrientes migratorias que llevan grandes contingentes de personas de uno a otro país —e incluso de uno a otro continente—, principalmente por motivos económicos, que tienen raíz tanto en las circunstancias de los países de origen de los migrantes, como en los requerimientos de los países de destino. La *OC-18* se refiere a trabajadores migrantes en general, pero pone el acento donde hay que ponerlo mayormente —como observo en mi voto particular—, a saber, en los trabajadores migrantes indocumentados, que constituyen el grupo más vulnerable. En concepto de la Corte Interamericana, ampliamente sustentado, las políticas públicas adoptadas a propósito de consideraciones migratorias, económicas o laborales —políticas que corresponden a decisiones soberanas de los Estados— no pueden restringir o excluir la observancia de los derechos básicos de los migrantes, derivados de su condición humana y de las relaciones laborales específicas que han establecido y desarrollado en el lugar en el que se encuentran. El Estado receptor debe adoptar todas las medidas conducentes al respeto de esos derechos fundamentales, tanto en lo que concierne a su propia relación fáctica y jurídica con los trabajadores indocumentados, como en lo que atañe a la relación de trabajo que éstos guardan con sus empleadores.

ÍNDICE ANALÍTICO

A

Absolutismo, 377
Acceso a la justicia, 9, 10, 21, 26, 56, 62,
193-196, 235, 240, 257, 293, 300-303, 379
Acceso al expediente, véase
Expediente, acceso al
Act to amend the Offences against the
Person Act (Jamaica, 1992), 120
Acto médico, 325-332, 377
Acuerdo entre partes, 71-85, 381
Adecuación de las penas a las
características del hecho punible,
véase Pena
Admisibilidad de pruebas,
véase Prueba
Admisión y reconocimiento, 71-76, 84,
196-210, 231-232, 259-265, 303
Alcance personal de las medidas
provisionales, véase Medidas
provisionales
Alemania, 22, 383
Allanamiento, 71-78, 93-94, 173, 182,
197-204, 207-209, 232, 260-264, 281
Amicus curiae (*amici curiae*), 40-49
Amnistía, 61-67, 71-77, 79, 86, 109,
121-122, 173
Autoamnistía, 61-67, 69-77, 79-86,
191, 380
Amparo, 23, 24, 281, 292-293, 301, 377
Andorra, 22
Arbitrariedad, 7-8, 15, 28, 112, 120-121,
136, 171, 231, 278, 291, 297-298, 300,
304, 321, 374-375
Asistencia consular, v, 3-12, 30, 121,
155, 293, 299, 378, 383

Asistencia jurídica, 26, 30, 34, 121-122,
294, 329
Gastos y honorarios de la, 256-257
Asistencia letrada, 109
Carencia de, 109
Asociación para el Avance de las
Ciencias Sociales en Guatemala
(AVANCSO), 224, 226
Asociación, 134, 234, 276
política, 234
sindical, véase Derechos laborales
Atención sanitaria, véase Derechos
laborales
Austria, 22
Autoamnistía, véase Amnistía
Autoritarismo, 20, 137, 191, 195, 240,
243, 245, 374, 375
Azotes, véase Pena, de azotes

B

Bahamas, 344
Beccaria, César, 114, 116, 307-308, 327
Bélgica, 22
Beneficiarios, 131, 221, 226, 229, 230,
279, 331, 358-362
Bolivia, 89-94, 118
Brasil, 367-372

C

Cálculo de daños y resarcimiento,
véase Daños
Características de la prueba aportada,
véase Prueba

- Carencia de asistencia letrada, véase
Asistencia letrada
- Cargas
fiscales, 281, 323
tributarias, 193, 230
- Cargos, 10–11, 33, 294, 297, 302, 325
Conocimiento de, 10–11, 26, 281,
294, 298–299
- Carta de la Organización de los
Estados Americanos o Carta de
Bogotá (1948)
Artículo 3, 6, 36–37
Artículo 17, 36–37
- Casos contenciosos ante la CIDH
Aloeboetoe, 147, 227, 280
Bámaca Velásquez, 125–127, 129–143,
145–151, 217, 267, 322
Barrios Altos (Chumbipuma
Aguirre), 61, 71–78, 79–87,
173
Benavides Cevallos, 171–177, 191
Bulacio, 179–191, 199, 260, 287, 347
Caballero Delgado y Santana, 138
Caesar, 333–349
Cantoral Benavides, 132
Cantos, 225, 270, 274
Cárcel de Urso Branco, 289–290, 313,
316, 347, 367–372
Castillo Páez, 61–67, 70, 75, 80, 173, 220
Castillo Petruzzi, 112, 115, 254
Cinco Pensionistas, 163–169
Comunidad de Paz de San José de
Apartadó, 355–358, 359–360, 363–365
Comunidad Mayagna (Sumo) Awas
Tingni, 147, 153–161, 213, 227,
269–273, 280, 317–318
Comunidades de Jiguamiandó y
Curbaradó, 359–360
De la Cruz Flores, 325–332, 377
De los “Niños de la calle” (Villagrán
Morales y otros), 33, 99, 131, 220, 267
- Casos contenciosos ante la CIDH
(*continuación*)
Del Tribunal Constitucional
(Aguirre Roca, Rey Terry y
Revoredo Marsano), 213
Diarios *El Nacional* y *Así es la
noticia*, 361–365
Emisora de Televisión “Globovisión”,
361–365
Garrido y Baigorria, 182, 256
Genie Lacayo, 114, 213
Herrera Ulloa, 237–258
Hilaire, Constantine y Benjamin y
otros, 105–108, 109–124, 189, 213,
267, 287, 289, 327, 334, 347, 349
Instituto de Reeducción del
Menor “Panchito López”, 287, 289,
313, 347
James y otros, 353
Las Palmeras, 95–99, 101–104, 139
Loayza Tamayo, 61, 69–70, 80, 138,
173, 310, 318
Lori Berenson, 347
Maritza Urrutia, 200, 216, 223, 231–236
Masacre Plan de Sánchez, 259–268,
269–280
Molina Theissen, 262
Myrna Mack Chang, 193–230, 260, 323
Neira Alegría, 120, 123, 311, 347
Paniagua Morales y otros, 63, 99
Penitenciarias de Mendoza, 347
Pueblo indígena Kankuamo, 361–365
Pueblo indígena Sarayaku, 361–365
Serrano Cruz, 337
Suárez Rosero, 115, 138, 211, 213, 230,
295
Tibi, 281–323
Trujillo Oroza, 89–94
Velásquez Rodríguez, 172
Villagrán Morales, véase Casos
contenciosos ante la CIDH, De los
“Niños de la calle”

- Casos contenciosos ante la Corte Internacional de Justicia (CIJ)
 Avena, 383
 LaGrand, 383
- Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), 48
- Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), 41
- Chile, 66-67, 118, 138
- Chipre, 22
- Citación de testigos y peritos, véanse Testigos, y Peritos
- Cláusula de exclusión (savings clause), 344-345
- Cláusula facultativa, 106, 382
- Cláusula Miranda, véase Miranda, Cláusula
- Clínica Jurídica para los Derechos de Inmigrantes y Refugiados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 48
- Código Internacional de Ética Médica (1949), 331
- Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, 255
- Colombia, 95-99, 101-104, 355-358, 361-365
- Comisión de la Seguridad Humana, 41
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 13, 16, 43, 57, 64, 71-78, 80-82, 86, 92, 95-99, 114, 125, 137-138, 142, 154, 157, 164, 166, 171, 175, 177, 180-183, 193, 199, 202-204, 209, 212, 223, 232, 259-260, 263, 266, 319, 325, 333, 353, 355-357, 367-368, 373
- Competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 82, 95-99, 177
- Competencia (*continuación*) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14, 54, 82, 86, 89, 91-94, 95, 98, 105-106, 139, 164, 176-177, 180, 194, 266-267, 270, 272, 279, 282-283, 334-338, 381-382 en función de la persona, 135 *Ratione materiae*, 95-99, 255, 259, 266-267, 333-338 *Ratione temporis*, 89-94, 176, 333-338, 376
- Comunidades de Población en Resistencia de Guatemala, 224
- Comunidades indígenas, 147-148, 153-161, 224, 259, 266, 270-273, 317, 361-365, 374, 381
- Concepto de víctima, véase Víctima de la violación
- Condición jurídica y derechos humanos del niño, véase también Menores de edad, 13-34, 49, 180, 267
- Condiciones de detención, véase Detención
- Conferencia de Chapultepec (1945), iii
- Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (1969), 113
- Conferencia Internacional del Trabajo (1989), 156
- Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Social, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia o Conferencia de Durban (2001), 53, 57
- Confesión, 4, 14, 141, 182, 199-200, 234, 260-264, 294, 303, 329, 330
- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (1988), 123, 309

Conocimiento de los cargos, véase Cargos

Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, 46

Consideración de la especificidad cultural, véase Especificidad cultural

Control de legalidad de la detención, véase Detención

Control judicial, 281, 299–301, 379

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969), iii

Artículo 1, 15, 61–63, 69, 72, 76, 89, 109, 115, 122, 129, 134, 153, 163, 171, 179, 218, 231, 232, 237, 271, 276, 312, 316, 319, 343, 358

Artículo 2, 4–6, 63, 69, 72, 76, 84, 109–111, 114–115, 153, 163, 173, 177, 183–184, 218, 237, 252, 312, 333, 358

Artículo 3, 89, 98, 129, 134, 136, 139, 171

Artículo 4, 7, 33, 61, 69, 89, 95, 101, 104, 109–115, 119–122, 129, 171, 179, 183, 193, 204, 267–268, 291, 327, 377

Artículo 5, 61, 69, 109, 123, 129–130, 132, 142, 171, 179, 222, 223, 231, 233, 276–277, 291, 325, 333, 341–342

Artículo 6, 4–6, 340

Artículo 7, 61, 69, 89, 109, 129, 171, 179, 183, 211, 231, 292, 325, 333

Artículo 8, 13, 69, 75, 89, 99, 101, 104, 109, 122, 129, 171, 179, 183, 193, 205, 211, 223, 231, 234–237, 252–255, 272, 276, 291–292, 295, 298, 325, 333, 376

Artículo 9, 325

Artículo 11, 243, 276

Artículo 12, 276

Artículo 13, 74–75, 129, 223, 225, 237–238, 242–243, 276, 320

Artículo 14, 4–6

Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969) (*continuación*)

Artículo 16, 276

Artículo 17, 15, 319–321

Artículo 19, 13–15, 179

Artículo 21, 153–154, 158–160, 163, 167, 272, 277, 316–317, 381

Artículo 24, 14, 35, 276

Artículo 25, 13, 61–62, 69, 75, 89, 101, 104, 109, 129–130, 153–154, 163, 167, 171, 179, 183, 193, 205, 231, 235, 252, 276, 291–293, 301, 333, 379

Artículo 26, 167

Artículo 27, 292

Artículo 29, 155, 158, 227

Artículo 30, 241, 310, 328

Artículo 32, 241

Artículo 33, 198, 228

Artículo 41, 97–98, 114

Artículo 42, 64, 114

Artículo 44, 97, 114

Artículo 45, 97–98

Artículo 46, 97, 114, 212

Artículo 47, 97, 114

Artículo 48, 97–98

Artículo 50, 4–6, 97, 114,

Artículo 51, 97

Artículo 62, 91, 98, 105–106, 110, 139, 198, 228

Artículo 63, 74, 99, 138, 208, 210, 217, 218, 228, 265, 355–358, 362, 382

Artículo 64, 3, 4, 99

Artículo 65, 228

Artículo 67, 87, 176

Artículo 68, 176

Artículo 78, 111

Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes (1984), 343

- Convención de Viena sobre el
Derecho de los Tratados (1969), 111,
154, 172, 208
Artículo 27, 111, 191
Artículo 28, 90
Artículo 31, 154–155
- Convención de Viena sobre
Relaciones Consulares (1963), 299
Artículo 36, 3–8, 11
- Convención Europea de Derechos
Humanos o Convención de
Salvaguardia de los Derechos del
Hombre y de las Libertades
Fundamentales (1950), 274
- Convención Interamericana para
Prevenir y Sancionar la Tortura
(1985), 267, 342
Artículo 1, 129, 233
Artículo 2, 129
Artículo 6, 129, 233
Artículo 8, 99, 231
- Convención Interamericana sobre
Desaparición Forzada de Personas
(1994), 92, 267
Artículo II, 136
- Convención Internacional sobre
Imprescriptibilidad de los Crímenes
de Guerra y de Lesa Humanidad
(1968), 79
- Convención Internacional sobre la
Protección de Todos los Derechos
de Todos los Trabajadores
Migratorios y sus Familiares (1990),
39, 52
- Convención para la Prevención y
Sanción del Crimen de Genocidio
(1948), 266
- Convención sobre los Derechos del
Niño (1989), 14, 18, 29, 180
- Convenios de Ginebra (1949), 129, 331
Aplicación de, 129, 139–140
Artículo 3 común, 95, 129
- Convenios de Ginebra (1949)
(*continuación*)
Protocolo I, 331
Protocolo II, 331
- Convenio No. 169 sobre Pueblos
Indígenas y Tribales en Países
Independientes (1989), 156
- Corporal Punishment Act (Trinidad
y Tobago, 1953), véase Ley de Penas
Corporales
- Corte Europea de Derechos
Humanos, 22, 131, 195, 213, 304
Case of T. v. The United Kingdom,
22
Motta judgement, 213
Ruiz Mateos v. Spain, 213
Kudla v. Poland, 313
Tyrer v. United Kingdom, 339
- Corte Internacional de Justicia (CIJ),
véase también Estatuto de la Corte
Internacional de Justicia; Casos
contenciosos ante la Corte
Internacional de Justicia, iv, 156, 383
Costa Rica, 30, 237–258, 283, 308, 368
Cuestiones probatorias, véase Prueba
- D**
- Daños, 114, 130, 301, 357–358, 360, 362,
365
Cálculo de, 145, 150–151
inmateriales, 79, 94, 150–151, 193,
279, 382
materiales, 94, 150–151, 193, 382
morales, véase Daños, inmateriales
punitivos, 216
- Deber de adoptar disposiciones de
derecho interno, 5, 106, 153, 109, 173,
228, 312, 380
- Deber de justicia penal, 80, 84, 86,
171–175, 190, 194, 201, 208, 210–212, 263
- Deberes *erga omnes*, 36, 38, 45, 48

- Debido proceso legal, 3, 7-12, 13-16, 25, 30, 34, 38, 46, 54-55, 109, 116, 121-122, 155, 187, 235, 252, 281, 286, 291-295, 334, 345-346, 376, 378-379, 383
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), iii, 3, 35, 36, 52, 134, 241, 320, 338
- Artículo I, 6
- Artículo II, 6, 35
- Artículo XVII, 134
- Artículo XXVII, 241
- Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial (1948-1968-1983), 331
- Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (1964-1975-1983-1989-1996-2000-2002), 332
- Declaración de la OIT Relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998), 52
- Declaración de Lisboa de la Asociación Médica Mundial (1981-1995), 331
- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), 35, 36, 49, 52
- Declaración y Programa de Acción de Viena (1993), 65
- Defensa, 5, 9, 10, 16, 25, 30-31, 34, 46, 81, 96-99, 126, 142-143, 147, 156, 165, 182, 187, 190-191, 197, 200, 206, 212-213, 225, 235, 253-254, 277, 281-296, 298-303, 309, 329, 370, 379
- Deficiencias en la detención, véase Detención
- Delitos de función, 376
- Delitos de lesa humanidad, 64, 77, 79
- Democracia, 8, 20, 44, 77, 137, 195, 238, 249, 251, 294, 374-375
- Demoras en los procesos penales, 109, 174, 190, 193, 211-213, 298, 301, 304, 305, 356
- Denuncias de Howard, véase Howard, John
- Derecho
- a conocer los motivos del procedimiento, 9, 298
 - a contar con defensa en el proceso, 5, 9-10, 187, 298-299, 301
 - a declarar, 9
 - a disponer de abogado desde la detención, 9
 - a disponer de traductor, 9
 - a la defensa oportuna, 298
 - a la familia, 25, 114, 318-322
 - a la honra y a la dignidad, 243, 249
 - a la integridad personal, 61, 69, 71, 89, 109, 129, 130, 142, 171, 179, 222, 231, 233, 271, 276, 291
 - a la jubilación, 69
 - a la libertad personal, 61, 69, 89, 92-94, 109, 129, 171, 179, 184, 231
 - a la nacionalidad, 114
 - a la personalidad jurídica, 89, 129, 134-136, 153, 171
 - a la propiedad, 153, 158-159, 163, 166-167, 276, 381
 - a la protección judicial, 37, 69, 71, 89, 101, 109, 129, 163, 171, 179, 193, 231, 276, 291
 - a la verdad, 75, 129, 137-138
 - a la vida, 7, 15, 51, 61, 71, 89, 95, 101, 104, 109, 113-116, 121-122, 124, 138, 171, 179, 193, 195, 205, 271, 291, 327, 329, 375
 - a las garantías judiciales, 69, 71, 89, 101, 29, 171, 179, 193, 231
 - a medidas especiales a favor de los menores, 179
 - a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, 223
 - a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, 121
 - al debido proceso legal, 7, 38, 46

- Derecho (*continuación*)
 al silencio del imputado, 294, 298
 al trabajo, 51
 de acceso a la justicia, 379
 de asociación, véase Libertad de asociación
 civil, 161, 247, 320
 comparado, 43, 120, 320, 384
 de gentes, iii–iv, 29, 139
 de los menores infractores, 179–191, 383
 internacional, iv, 4, 37, 46, 50, 64, 65–67, 76, 11, 197, 206, 267, 362
 internacional humanitario, 95, 96, 139, 216, 331, 382
 penal, 21, 22, 113, 117, 209, 210, 213, 244, 245, 288, 290, 309, 327, 348, 349
 de jóvenes, 28
 internacional, 65, 76
 social, 161
 tutelar, 25, 28
- Derecho internacional de los derechos humanos, iii, 14, 36, 42, 46, 50, 76, 130, 131, 154, 343
- Derechos civiles y políticos, iii, 3–7, 34–37, 66, 112, 137, 167, 284, 374
- Derechos de los prisioneros, 379
- Derechos de primera generación, véase Derechos civiles y políticos
- Derechos de segunda generación, véase Derechos económicos, sociales y culturales
- Derechos económicos, sociales y culturales, iii, 33–34, 50–52, 161, 163, 167–169, 284, 374
- Derechos humanos de los migrantes, 35, 39–41, 43, 48–49, 52, 384
- Derechos humanos laborales, 35, 39, 40, 52, 53
- Derechos individuales y colectivos, 4, 6, 8, 20, 54–55, 156, 157, 225, 269–274, 289, 317, 374, 381
- Derechos laborales,
 a seguridad en caso de desempleo, enfermedad, discapacidad, viudedad, vejez u otra falta de medios de subsistencia, 53, 168
 Abolición del trabajo infantil, 53
 Asociación sindical, 53
 Atención sanitaria, 53
 correspondientes al salario, 53
 Descanso y vacaciones, 53
 Discriminaciones en la prestación laboral, 51, 53, 65, 66
 Educación, 53, 136, 280
 Jornada laboral, 53
 Higiene y seguridad en el trabajo, 53
 Negociación colectiva, 53
 Protección de las mujeres trabajadoras, 53
 Remuneración equitativa por trabajo de igual valor, 53
 Respeto a la identidad cultural, 53
 Seguridad social, 53, 168
 Sueldos justos, 53
- Desaparición forzada de personas, 61, 64, 77, 92–94, 130, 136–137, 142–143, 267, 290, 297, 374, 376
- Desistimiento, 197, 199, 201, 260–261, 381
- Desplazados, 40, 48, 193, 224
- Detención,
 arbitraria, 136, 281, 291, 297–298
 Condiciones de, 109–110, 124, 184, 282, 333–334, 346–347
 Flagrancia, 300
 Legalidad de la, 292
- Dignidad, iii, 8, 34, 44, 48, 64, 76, 147, 154–155, 164, 185, 243, 276, 289, 314, 315, 338, 341, 343

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Infantil o Directrices de Riad (1990), 29, 181
 Discriminación, 36-39, 41, 43, 45-47, 50, 51, 53, 55, 65-66, 137, 138, 157, 259, 329
 División Nacional contra el Terrorismo, 69

E

Ecuador, 171-177, 281-323, 361-365
 Edad de responsabilidad penal, 22
 Educación, vii, 13, 33, 47, 53, 136, 280
 Ejecución extrajudicial, 64, 76-77, 79, 120, 121, 193, 194, 211, 213, 224, 297
 Ejercicio abusivo de los derechos, 179-191
 Ejército Guerrillero de los Pobres (EGP) (Guatemala), 231
 Enjuiciamiento y tratamiento de menores, véase Menores de edad
 Escocia, 22
 España, 22
 Especificidad cultural, 147-148
 Estado de las prisiones, 281, 308-316, 347, 367-372, 379
 Estado garante, 25, 32, 123, 179, 183, 188-190, 281, 284, 287-290, 311, 347, 367, 370-371, 379
 Estado social de derecho, 23, 375
 Estados Unidos de América, 23, 26, 57, 125, 149, 294, 383
 Estatuto contemporáneo del ser humano, iii, 44, 51
 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, iv
 Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 198
 Exenciones fiscales, 86, 230, 237, 255-256, 323

Expediente, 154, 204, 215, 226, 245, 246, 338, 348, 349, 353
 Acceso a, 26, 187

F

Familia, 13-16, 25, 31, 32, 34, 41, 44, 52, 61, 62, 69, 71, 75, 77, 80, 82, 101, 110, 114, 131, 133, 135, 137, 138, 147, 148, 150, 151, 153, 171, 177, 182, 187, 193, 204, 219, 221, 222, 229, 259, 263, 281, 318-322, 332, 359
 Foucault, Michel, 291
 Francia, 22, 57, 281

G

Garantía del ejercicio de los derechos, 89
 Garantías de defensa, 14, 25
 Garantías judiciales, véase también Derecho, a las garantías judiciales, 196, 225, 231, 235, 252, 281, 290-293, 294, 295, 379
 Gastos y honorarios de asistentes jurídicos, véase Asistencia jurídica
 "Gato de nueve colas", 333, 338, 341, 342, 378
 Genocidio, 64, 77, 266
 Grupos paramilitares, véase Paramilitares, grupos
 Guatemala, 119, 125-127, 129-143, 145-151, 193-230, 231-236, 259-268, 269-280

H

Habeas corpus, 292, 293, 377
 Hechos planteados fuera de la demanda, 163-166
 Homicidio intencional, 111, 116-121, 215, 252, 331, 368

- Homicidio intencional (*continuación*)
 en función de la situación en que se colocó el agente para privar de la vida a la víctima (ventaja o traición), 117
 en función de los medios empleados, 117
 en función del móvil que impulsa la conducta, 117
 en función del vínculo entre los sujetos activo y pasivo (parricidio), 117
- Homicidio simple, 118
- Honra y dignidad, 148, 243, 276
- Howard, John, 311, 313, 316, 321
- I**
- Identidad cultural, 53
- Igualdad, 6, 10, 14, 30, 31, 35-39, 45-48, 53, 55, 85, 160, 259, 276, 329
 jurídica entre hombres y mujeres, 48
- Impugnación, 25, 26, 30, 111, 237, 252, 309
- Impunidad, 11, 43, 63-66, 76, 113-114, 137, 138, 177, 194, 209-211, 246, 299, 312, 380
- Indemnización, 61, 69, 78, 83, 85-86, 94, 110, 138, 153, 163, 193, 216, 218, 219-223, 226, 228-230, 237, 256-258, 265, 270, 275, 277-280, 323, 325, 333, 382
- Indígenas, 147-148, 153-161, 224, 259, 266, 270-277, 317, 361-365, 374, 381
- Información sobre los cargos, véase Cargos
- Informe de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico (Guatemala), 204
- Inglaterra, 224
- Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, 21
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 46, 119
- Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (ILANUD), 308
- Integridad, 20, 47, 61, 69, 71, 85, 89, 104, 109, 114, 129-130, 142, 171, 179, 183, 189, 195, 220-223, 231, 233, 240, 243, 259, 271, 276, 281, 287, 291, 316, 339, 341-342, 355, 357, 359, 368, 369-370, 374-375, 377
- Interés público y condición de funcionario, 237, 249-251
- Interpretación por las partes, 79, 86-87
- Interrogatorio a testigos, 26
- Irlanda, 22
- Italia, 22
- Ius cogens*, 37
- J**
- Joinet, Louis, 65-66, 137
- Jornada laboral, 53
- Judicial Committee del Privy Council, 119, 344
 Prince Pinder v. The Queen, 344
- Jueces o tribunales "sin rostro", 127, 376
- Juicio público, 296
- Juramento o declaración solemne de los testigos y peritos, 127, 141
- Jurisprudencia europea, 43, 213
- Justicia
 Acceso a, 9-10, 21, 26, 54-56, 62, 193, 196, 225, 235, 240, 257, 293, 300, 302, 379
 penal democrática, 8-9, 295
 penal y derechos humanos, 281, 286-287

L

- Lesas humanidad, delitos de, 64, 77, 79
- Ley de Delitos contra la Persona (Trinidad y Tobago, 1925), 109–112, 119–120, 349
- Ley de Penas Corporales (Trinidad y Tobago, 1953), 333, 345
- Leyes de amnistía, véase Amnistía
- Liberalización, 40
- Libertad
 - ambulatoria, 25
 - de asociación, 276
 - de conciencia y religión, 259, 276
 - de pensamiento y de expresión, 129, 225–226, 237, 242, 276
 - personal, 47, 61, 69, 89, 109, 129, 171, 179, 184, 188, 231, 281
- Liechtenstein, 22
- Limitación y restricción, 237, 240–242
- Luxemburgo, 22

M

- Mandatory Death Penalty, véase Pena, de muerte
- Medidas provisionales, vi, 114, 121, 313, 347, 351–372, 373, 380, 382–383
 - Alcance personal de las, 355–360
 - Sentido y destinatarios, 361–365
 - Medios de comunicación y periodismo, 237–240, 380
- Medios de solución parcial de la controversia, 381
- Menores de edad, véase también
 - Condición jurídica y derechos humanos del niño, 13–34, 48, 135, 179–191, 286, 287, 309, 313, 314, 315, 346–347, 364, 370, 383–384
 - Enjuiciamiento y tratamiento, 179–191
 - Infracción de la ley penal, 13–34
 - Situación jurídica y derechos, 383

- México, iii, v, 3, 35, 383
- Migración, 9, 35–58, 384
- Miranda, Cláusula, 299, 383
- Mundialización, 40

N

- Nacionalidad, 3–7, 114, 120, 187, 299, 331
- Namibia, 156
- Naturaleza obligatoria de la pena de muerte, véase Pena, de muerte
- No-autoincriminación, 26
- No-discriminación, 36–39, 46, 47, 50, 329

O

- Objeciones contra testigos, 127, 141
- Obligación general de respetar y garantizar el ejercicio de los derechos y obligaciones recogidos en la Convención Americana, 37–38, 231
- Obligaciones de suprimir obstáculos y adoptar medidas de Derecho interno, 312
- Obligaciones *erga omnes*, véase Deberes *erga omnes*
- Obstáculos internos, 171–177, 191
- Offences against the Person Act (Trinidad y Tobago, 1925), véase Ley de Delitos contra la Persona
- Opiniones consultivas
 - OC–3/83, 113
 - OC–4/84, 30
 - OC–5/85, 242
 - OC–6/86, 310, 328
 - OC–8/87, 293
 - OC–9/87, 293
 - OC–13/93, 64, 114
 - OC–14/94, 64, 112, 114–115
 - OC–16/99, iv, 3–12, 30, 121, 155, 293, 383
 - OC–17/02, 13–34, 181, 184, 267, 287, 383
 - OC–18/03, iv, 35–58, 383, 384

- Organización de las Naciones Unidas (ONU), 45, 309
 Asamblea General, 40, 43, 112, 123
 Comité de Derechos Humanos, 116, 123, 143
 Wright *v.* Jamaica, 116
 Simmonds *v.* Jamaica, 116
 Daniel Monguya Mbenge *v.* Zaire, 116
 Little *v.* Jamaica, 116
 Henry *v.* Jamaica, 116
 Conferencia Mundial de Derechos Humanos (1993), 65
 Consejo Económico y Social, 123, 157
 Comisión de Derechos Humanos, 57, 65-66, 157
 Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, 65-66, 137, 138, 157
 Informe Final Revisado acerca de la Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos), 66, 137
 Grupo de Trabajo Intergubernamental de Expertos en los Derechos Humanos de los Migrantes de las Naciones Unidas, 48
 Representante del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), 49
 Resolución sobre "Migración internacional y desarrollo" (2000), 40, 57
 Resolución sobre "Protección de los migrantes" (2000), 43, 57
 Organización de los Estados Americanos (OEA), 3, 5, 35-37, 45, 338
 Organización Internacional de Energía Atómica (OIEA), 237
 Organización Internacional del Trabajo (OIT), 41, 52
 Organizaciones no gubernamentales (ONG), 202
- P**
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), 3-7, 34, 35-37, 112
 Artículo 2, 6, 35-37
 Artículo 5, 36
 Artículo 6, 6, 7
 Artículo 14, 6-7
 Artículo 26, 35, 36
 Artículo 50, 6
 Países escandinavos, 22
 Paramilitares, grupos, 355, 359
Parens patriae, 23, 26
 Patria potestad, 23, 25, 32
 Patronos de violación, 281, 284-285
 Pena
 Adecuación de, 12, 253, 290
 de azotes, 333, 338-345
 de muerte o pena capital, 3-7, 12, 109-124, 309, 353, 377
 obligatoria, 109-124
 Tendencia abolicionista de, 112
 Proporcionalidad de, 333, 348-349
 Perdón, petición de, 79, 109, 216, 265
Periculum in mora, 32
 Peritos, 127, 141, 160-161, 314-315
 Personalidad jurídica, 89, 114, 129, 134-136, 171
 Perú, 61-67, 69-70, 71-78, 79-87, 163-169, 213, 325-332
 Petición de perdón, véase Perdón, petición de
 Plazo razonable, 121, 202, 210, 211-213, 281, 304-307, 333-334, 345-346, 379
 Política migratoria, 36
 Políticas públicas, 39, 56, 57, 382, 384

- Portugal, 22
- Polonia, 22
- Prescripción, 76, 89, 93, 171, 174-177, 190-191, 306
- Preservación de la vida de los reclusos, 367-372
- Prestación de servicios de salud y educativos, 79
- Presunción de inocencia, 16, 124, 187, 244, 281, 295-296, 307
- Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (1955), 21, 309
- Principio
 de igualdad, véase Igualdad
 de intermediación procesal, 255
 de legalidad penal, 11, 22, 349, 377
 de no-discriminación, 37, 38, 39, 46
 de proporcionalidad y racionalidad en el régimen de las sanciones, 378
Jura novit curia, 319
Pro homine, 131, 154, 212, 378
- Principios de Limburg sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1986), 34
- Prisión preventiva, 281, 291, 294, 296, 304, 306, 307-308, 313, 379
- Prisiones, 123, 281, 286, 287, 308-316, 346, 347, 371, 379
- Privación de la libertad, 92, 184, 286, 290, 341, 369
- Procedimiento, derecho a conocer los motivos del, 9
- Proceso
 Demoras en el, véase Demoras en los procesos penales
 irregular, 297
 para el otorgamiento de amnistía o indulto, 109
- Prohibición de infligir tratos degradantes, véase Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Propiedad, 32, 114, 136, 153, 155-159, 161, 163, 166-167, 259, 272, 273, 276, 281, 316-318, 381
- Proporcionalidad de la pena, véase Pena
- Protección a la familia, véase Familia
- Protección igualitaria y efectiva de la ley, véase Igualdad
- Protección judicial, 13, 61, 69, 71, 89, 101, 109, 129, 130, 153, 163, 171, 179, 191, 193, 231, 235, 252, 259, 276, 281, 290-293, 333
- Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (1990), 112
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador (1988), 29, 52, 167, 272, 276, 320
 Artículo 8, 272
 Artículo 13, 320
 Artículo 14, 276
 Artículo 19, 272
- Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos o Protocolo de Buenos Aires (1967), 34
- Protocolo No. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, 274
- Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (1997), 157
- Proyecto de vida, 281, 318-322
- Proyecto Interdiocesano de Recuperación de la Memoria Histórica (Guatemala), 204

Prueba

- Admisibilidad de, 125–127, 140–142
- Carga de, 130, 142–143, 244
- Características de, 381
- presentada de manera
extemporánea, 125–126
- Reglas para la apreciación de, 381
- suficiente, 281, 303–304

R

- Racismo, 43, 53
- Reacción penal, 118, 237, 242–248
- Reclusorio de Urso Branco, véase
Casos contenciosos ante la CIDH, Cárcel
de Urso Branco
- Reconocimiento de hechos, véase
Admisión y reconocimiento
- Recurso ante un juez o tribunal
superior, 237, 251–255
- Régimen de *parens patria*, véase
Parens patria
- Reglamento de la Corte
Interamericana del 16 de
septiembre de 1996, 125–127
 - Artículo 41, 98, 141
 - Artículo 43, 125–127
 - Artículo 46, 127, 141
 - Artículo 47, 127, 141
 - Artículo 48, 127, 141
 - Artículo 54, 73, 182
 - Artículo 56, 81
- Reglamento de la Corte
Interamericana del 24 de
noviembre de 2000, vi, 218–219
 - Artículo 2, 218
 - Artículo 33, 198
 - Artículo 52, 197, 208
 - Artículo 53, 197, 263
 - Artículo 54, 182, 197, 260
 - Artículo 62, 198

Reglamento del 25 de noviembre de
2003, 260

- Reglas Mínimas de las Naciones
Unidas para la Administración de
Justicia a Menores o Reglas de
Beijing (1985), 29, 181
- Reglas Mínimas de las Naciones
Unidas sobre las Medidas no
Privativas de la Libertad o Reglas de
Tokio (1990), 29, 181
- Reglas Mínimas para el Tratamiento
de los Reclusos (1955), 123, 296, 347
- Reglas para la apreciación de la
prueba, véase Prueba
- Religión, 120, 259, 276
- Remisión a instancias internas, 193,
228, 270
- Reparación y preservación de la
cultura, 270, 275–277
- Reparaciones
 - no pecuniarias, 79
 - pecuniarias, 79, 256
- Reservas a la Convención Americana,
105–108, 110, 203, 337, 381–382
- Resoluciones de la Corte, sentido y
trascendencia de las, 281–284
- Responsabilidad
 - agravada, 193, 213–217, 367
 - penal, 22, 29, 253, 296, 339
- Restitutio in integrum*, 145–147, 281,
322–323
- Rubio Llorente, Francisco, 47

S

- Salario, 53
- Sanción de azotes, véase Pena, de
azotes
- Satisfacción, 80, 86, 147, 185, 244, 341
 - honorífica, 145, 148–149, 382
 - moral de la víctima, 138, 194–195, 247

Segunda guerra mundial, 9
 Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 112
 Seguridad social, 53, 168
 Sendero Luminoso, 61
 Sentencia interna, 101–104, 229
 Sentido
 y destinatarios de las medidas provisionales, 361–365
 y trascendencia de las resoluciones de la Corte, 281–284
 Servicio de Apoyo y Orientación a Migrantes y Refugiados (CAREF), 48
 Sistema
 garantista, 27
 tutelar, 27, 99, 161, 301, 362
 Situación jurídica y derechos de los menores de edad, véase Menores de edad
 Soberanía, iv, 49, 63, 77, 172, 283
 Sociedades juveniles, 26
 Sudáfrica, 156
 Suiza, 22
 Suprema Corte (Estados Unidos de Norteamérica), 294
 Resolución del 15 de mayo de 1967: *In re Gault*, 26
 Suprema Corte de Justicia de la Nación (México)
 Juicio de amparo de Ezequiel Castañeda, 23
 Suprema Corte de Pennsylvania
 Resolución de 1838: Ex parte Crouse, 23

T

Tendencia abolicionista de la pena de muerte, véase Pena, de muerte
 Teoría procesal contemporánea, 183

Testigos, 26, 31, 120, 126–127, 141, 168, 215, 226, 304, 308
 Titular del derecho a la indemnización, 193, 219–223
 Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes, 11, 53, 61, 64, 69, 77, 89, 99, 124, 129, 132–133, 139–140, 141, 171, 216–217, 220, 224, 231, 233, 267, 276, 281, 291, 297, 303, 321, 334, 341–344, 375, 378
 Trabajadores migrantes
 indocumentados, vi, 35–58, 384
 Tratamiento fiscal, 79, 85–86
 Tratos degradantes, véase Tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes
 Tribunales militares, 69, 376
 Trinidad y Tobago, 105–108, 109–124, 189, 213, 327, 333–349, 353
 Tutela del honor, 249–251

U

Universidad de Buenos Aires, 49
 Universidad de San Martín de Porres, 69
 Universidad Mayor de San Andrés, 89
 Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), 42
 Instituto de Investigaciones Jurídicas, 42

V

Venezuela, 361–365
 Víctima de la violación, 130–132, 382
 Violaciones al debido proceso, véase Debido proceso legal

X

Xenofobia, 43, 53

**Temas de la jurisprudencia
interamericana sobre derechos humanos.**

Votos particulares

se terminó de imprimir en noviembre de 2005
en los talleres de Editorial Pandora, SA de CV,

Caña 3657, Guadalajara, Jalisco, México, CP 44470.

La edición, que consta de 1,500 ejemplares, estuvo a cargo de
la Oficina de Difusión de la Producción Académica del ITESO.

TEMAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERAMERICANA SOBRE

Derechos Humanos

Votos particulares

Esta selección de votos individuales reconstruye un panorama reciente y minucioso de la jurisprudencia especializada del continente americano. Son textos que reflexionan en torno a tópicos determinantes para la consolidación del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de sentencias y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los votos han sido agrupados en tres partes:

- Opiniones consultivas.
- Casos contenciosos.
- Medidas provisionales.

Asimismo, esta obra ofrece un diseño funcional y un exhaustivo índice analítico que permiten una vía de acceso directo a la información buscada.

El libro es al mismo tiempo una obra de análisis jurídico, un documento histórico del derecho contemporáneo y un texto de referencia que se sostiene casi como un diccionario de la aplicación de los derechos humanos en América. Una obra de consulta indispensable para un público multidisciplinario, desde las organizaciones dedicadas a la protección de los derechos humanos hasta los estudiosos del derecho internacional.

De este modo, las palabras del juez mexicano Sergio García Ramírez defienden la doctrina de los derechos humanos como un recurso para proteger “el estatuto contemporáneo del ser humano”, mientras reconocen un futuro que, aunque presenta desafíos inexorables, se perfila con optimismo para los derechos humanos en el continente americano.

